

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

### Volume 41 – Numéro 2

**Année :** 2011

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10309>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10309>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>THE ARMENIAN GENOCIDE : INTERNATIONAL LEGAL AND POLITICAL AVENUES FOR TURKEY'S RESPONSIBILITY .....</b>	<b>247</b>
Par Aram KUYUMJIAN	
<b>SOCIETATES PUBLICANORUM : EXISTAIT-IL UNE BOURSE OU UN RÉSEAU DE COURTIER SOUS LA RÉPUBLIQUE ROMAINE? .....</b>	<b>307</b>
Par Geneviève DUFOUR	
<b>PORTRAIT DE LA DÉPENSE FISCALE RELATIVE À LA BIENFAISANCE : LA PERSPECTIVE DES PERSONNES VULNÉRABLES .....</b>	<b>381</b>
Par Luc GRENON	
<b>L'ÉTATISATION DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE, UN NOUVEAU DÉFI À RELEVER.....</b>	<b>437</b>
Par René BOUGIE	
<b>ANALYSE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES FAISANT L'USAGE D'ANTIDÉPRESSEURS ET AYANT COMMIS DES INFRACTIONS CRIMINELLES EN COURS DE TRAITEMENT OU DE SEVRAGE.....</b>	<b>469</b>
Par Hugues PARENT	
<b>L'APPLICATION DES ACTES UNIFORMES DE L'OHADA.....</b>	<b>519</b>
Par Fabrice KOUASSI	

*Page vide laissée intentionnellement.*



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** THE ARMENIAN GENOCIDE : INTERNATIONAL LEGAL  
AND POLITICAL AVENUES FOR TURKEY'S RESPONSIBILITY

**Auteur(s) :** Aram KUYUMJIAN

**Revue :** RDUS, 2011, volume 41, numéro 2

**Pages :** 247-305

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10302>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10302>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## THE ARMENIAN GENOCIDE : INTERNATIONAL LEGAL AND POLITICAL AVENUES FOR TURKEY'S RESPONSIBILITY

par Aram KUYUMJIAN\*

*La pertinence du Génocide Arménien ne peut être sous-estimée de nos jours. Mis à part son importance pour les Arméniens, le succès de la Turquie, en tant qu'État successeur de l'Empire Ottoman, à échapper à la punition pour sa responsabilité durant les 96 dernières années a été considéré comme précurseur pour les génocides subséquents, de l'Holocauste des Juifs au Génocide au Darfour. Nous examinerons les raisons pour lesquelles la règle coutumière du droit international, la Responsabilité de l'État, n'était pas respectée, et en particulier le rôle que la Realpolitik internationale a joué en exonérant la Turquie et les agents agissant pour elle. Des avenues légales et politiques viables sont proposées pour faire respecter le principe de la Responsabilité de l'État et les réparations qui en découlent en vertu des lois et des jurisprudences internationales.*

---

*The significance of the Armenian genocide on current affairs cannot be undermined. While it has undoubtedly made its mark on the Armenian people, this genocide has also had further reaching significance. Turkey, as the successor state of the Ottoman Empire, successfully avoided responsibility for its culpability for over several generations, and its example has been considered the foreshadowing for subsequent genocides spanning from the Holocaust to the present-day genocide in Darfur. This paper begins by examining why customary international law governing state responsibility has not been applied. It also analyses the role that international Realpolitik has played in exonerating Turkey and its agents. Viable international legal and political avenues, based on current legislation and jurisprudence, are proposed as a mechanism for enforcing the principle of state responsibility and for implementing reparation.*

---

\*, LLB (Université Laval), cours de niveau maîtrise en droit international (Université Groningen) (Groningen, Hollande), BA (Sciences Politiques) (Université Concordia). L'auteur remercie la professeure Fannie Lafontaine pour ses corrections et commentaires. Il remercie également les évaluateurs externes de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke pour leurs commentaires.

## **Table of Contents**

<b>Introduction .....</b>	<b>249</b>
<b>1. The massacre of Armenians in 1915-1923: legal consequences at the time .....</b>	<b>253</b>
1.1 The emergence of the legal notion of "crimes against humanity" arising from the Armenian massacres .....	254
1.2 The role of international politics in the failure of the Treaty of Sèvres - 1920 .....	258
1.3 Ineffectiveness of Turkish courts-martial (1919-1922) and consequential Armenian revenge acts.....	261
1.4 Consequences of the Treaty of Lausanne (1923) and the pursuit of sanctions based on State responsibility .....	268
<b>2. The acceptance of the Armenian case as     "genocide" today and possible legal vehicles     against the State of Turkey .....</b>	<b>272</b>
2.1 The Legal Qualification of the Armenian Case as genocide and its implications in international law .....	273
2.2 International judicial bodies which may have competence to decide on Turkey's liability .....	280
2.3 International political or non-judicial institutions.....	295
<b>Conclusion .....</b>	<b>302</b>

## Introduction

The world witnessed the first genocide of the twentieth century in Anatolia. The Ottoman Empire, which had previously managed to integrate and adapt to change with relative success and stability, was suddenly faced with new ideologies and strains<sup>1</sup>. Some contend that it "was plagued by numerous problems, including the rise of nationalism among both the Turks and their subject peoples as well as the pervasive influence of the European notions of egalitarianism and liberty"<sup>2</sup>. It is with these notions in mind that we can understand the Armenian position at the beginning of the First World War. The Armenian population was "caught between the two belligerent powers of Russia and Turkey"<sup>3</sup>. This situation gave the Ottoman Empire a justifiable motive to carry out the genocide, given that it could generalize the accusation that some Armenians collaborated with the Russians and it could disseminate generalized propaganda to incite hatred toward

- 
1. See, for a discussion of the Ottoman empire in the 19<sup>th</sup> century, Benjamin R. BARBER, « Global Democracy or Global Law : Which Comes First? » (1993) 1 *Ind. J. Global Legal Stud.* 119 : "The Ottoman...[Empire was] among the most inclusive associations of peoples the world has known, at least since the time of the Roman Empire. Whatever [its] depredations with respect to liberty, rights, and self-determination, [it] did inhibit the centrifugal instincts of the multiple tribes and factions they held together through a combination of coercion, civility, and economic interest, and they inoculated the nineteenth century against largescale war (if not revolution) in a manner that has been the envy of our own sanguine century." The assertion does not, however, consider that such imposed inclusion fuelled the conflicts in the twentieth century; See also John SHAMSEY, "80 Years Too Late : The International Criminal Court and the 20<sup>th</sup> Century's First Genocide" (2002) 11 *J. Transnat'l L & Pol'y* 327 for further details on the historical developments in the late nineteenth century which paved way for the "final solution".
  2. Joseph R. MASI, Robert O. KRIKORIAN, *Armenia : At the Crossroads*, 1<sup>st</sup> ed., Australia, Harwood Academic Publishers, 1999, xxvi.
  3. See Mark VON HAGEN, "The Great War and the Mobilization of Ethnicity in the Russian Empire" in Barnett. R. RUBIN & Jack L. SNYDER, *Post-Soviet Political Order : Conflict and State Building*, New York, Routledge, 1998, p. 34-40; See also J. MASI & R. KRIKORIAN, *prec.*, note 2, p. xxv : «The Armenian population found itself in a very precarious position, straddling the border between two states about to go to war against each other».

all of the Armenian population. The U.S. Ambassador to the Ottoman empire, Morgenthau, states that “[t]he conditions of the war gave to the Turkish Government its longed-for opportunity to lay hold of the Armenians<sup>4</sup>”. The history of the Armenian genocide does not lack documentation<sup>5</sup>. Given the scope of this paper, however, we will only focus on select key elements. Nearly 1.5 million Armenians were killed during the First World War, a genocide that was perpetrated by the Young Turk Ittihadist leaders of the Ottoman Empire<sup>6</sup>. The genocide was thus perpetrated under the guise of the “wholesale deportation of the Armenian population of the empire’s eastern and southeastern provinces... [masking] the planned execution of the Armenian population”<sup>7</sup>. On April 24, 1915, the Interior Ministry authorized the arrest of the Armenian community leaders that had been suspected of anti-Ittihad or nationalistic sentiments. To give legal effect to the ill-motivation, the Cabinet promulgated, for example, the Temporary Law of Deportation and the Temporary Law of Expropriation and Confiscation. This facilitated the deportation of the majority of the Armenian population, and subsequently to appropriate their belongings<sup>8</sup>. As expected, these laws incurred some intellectual and moral opposition but the resistance was quickly dismissed. For example, one Turkish Senator denounced the laws as unconstitutional, but his

- 
4. Vahakn N. DADRIAN, *The History of the Armenian Genocide : Ethnic Conflicts from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford, Berghahn Books, 1995, p. 207.
  5. See V.N. DADRIAN in general. Archives throughout the world are replete with documents including telegrams and eyewitness testimonies. They are located in many places including the German Foreign Office in Berlin, the Turkish Presidential Archives in Ankara, the U.S. National Archives in Washington, the National Archives of the UK in London, etc. They are easily accessible to the public wishing to consult them.
  6. See V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 205; See also J. MASIH & R. KRIKORIAN, *prec.*, note 2, p. xxv; confirming that an estimated 1.5 million Armenians were killed between 1915 and 1923.
  7. V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 219.
  8. *Id.*, p. 221, 222. The temporal and “necessitous” aspect of these laws served to mask their utter arbitrariness and lack of rationality. “Temporary” only meant that the laws would be in effect until what the state sought to accomplish was accomplished.

opponents were hasty to reject his ideas and ignore his objections<sup>9</sup>.

In response to the crimes committed, the international community did little to punish the perpetrators. Their initial efforts to hold those liable were successfully undermined by a favourable foreign policy towards the perpetrator, the nationalistic pride of the new Turkish Republic, coupled with its skilful use of political blackmail and denial. Despite the failure to acknowledge the magnitude of this atrocity, the classification of the severity of the crimes committed, which infringed human rights in the most extreme manner, was clear at the time and recognized under the provisions of the Hague Conventions on the Laws and Customs of War<sup>10</sup> (hereinafter "the Hague Convention"). Three key events contributed to the emergence of the legal notion of "crimes against humanity" : the Public Declaration of the Allies on May 24, 1915, the Paris Peace Conference in 1919 and the Treaty of Sèvres of August 10, 1920<sup>11</sup>. As such, there was an overall sentiment of shock and disdain expressed by many states asserting that such crimes were not to be tolerated. The massacres that were executed by the special organization – *teskilati mahsusa* through the delegation of the central government were only later tailored to the legal notion of "genocide" after the term was coined by Raphael Lemkin in 1943 and subsequently incorporated in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide<sup>12</sup> (hereinafter "the Genocide Convention").

- 
9. *Id.*, p. 223. As stated, rationality and reason were quickly dismissed as an unworthy argument and the few who tried to instill intellectual reasoning in state policy were very staunchly opposed.
  10. *Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land*, 18 October 1907, (1910) Stat. 2277, T.S. 539. (enter into force on 26 January 1910)
  11. Jean-Baptiste RACINE, *Le génocide des Arméniens : Origine et permanence du crime contre l'humanité*, Paris , Dalloz-Sirey, 2006, p. 5.
  12. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 December 1948, (1951) , 78 U.N.T.S. 277 (enter into force on 12 January 1951)

Since then, we have seen a pluralistic system of international law with the birth of supranational courts created by treaties through the will of the nations which either emulate or are inspired by the provisions of the Genocide Convention. The Armenian Genocide is still fresh in the minds of the few remaining survivors. These memories and vivid images are passed on to the younger generations who now hold a questionable cultural identity as a result of their tarnished history, which has since been forgotten by the perpetrators. The insistence upon denial has permeated throughout the country to the extent that any mention or advocacy of the genocide is an infraction under Turkish criminal law<sup>13</sup>. The Interior Ministry instituted the firm denial of these crimes as policy at the very moment the massacres were taking place (when the government had already systematically and intentionally planned the exterminations) and this policy was perpetuated by subsequent Turkish governments by masking the massacres with the same groundless and illogical motives. Though international law has been progressing since the Armenian Genocide with the creation of international criminal tribunals and the prosecution of criminals, it has a long way to go. Many critics today rightfully argue for the uniformity of decisions rendered regarding genocide. This crime is a peremptory norm that cannot be derogated from, even by treaty<sup>14</sup>, and therefore a consistency of case law is required. As such, individuals and States have seized international courts to adjudicate on genocide and crimes against humanity through which international customary law finds application. Because there are occasionally inconsistent judgments rendered<sup>15</sup>, it is evident that the principles that relate to genocide have yet to be consolidated and uniformly applied.

- 
13. Article 301 of the Turkish Penal Code has been infamous for its countless exaggerated use by the lawyers working for the State to make cases against those who "denigrate Turkey". Many have been convicted under this article for speaking publicly about the Armenian Genocide.
  14. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, (1980) 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, (enter into force on 27 January 1980) art.53
  15. See in general Pemmaraju Sreenivasa RAO, "Multiple International Judicial Forums : A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation" (2003) 25 Mich. J. Int'l L. 929.



Based on recent developments in international law, can Turkey, as the successor State of the Ottoman Empire, be held liable by international legal or political bodies, especially for its national policy of negating the Armenian Genocide? To answer this, first we will address the facts during the era of the massacres and the perpetual failure of international law to impose State responsibility or prosecute war criminals and its consequences. Second, we will set out the existing international institutions and courts that may have jurisdiction to decide on Turkey's legal responsibility for the crimes committed from 1915-1923. We will also critically analyze existing arguments and case law to provide for a comprehensive approach to the issue of responsibility for the Armenian Genocide, with the objective of finally ending the political rift between these two peoples and moving towards a policy of reconciliation.

### **1. The massacre of Armenians in 1915-1923 : legal consequences at the time**

The Armenian Genocide is distinct in that it is the emerging point of the legal notion of "crimes against humanity"<sup>16</sup>. International lawyers largely concur that the Genocide Convention is declarative of existing customary international law. Furthermore, genocide has been subsumed into its broader category of "crimes against humanity". What merits our particular attention is how this notion was conceived by nineteenth century philosophers like Kant, de Fichte, Hegel, Comte and Renan, Proudhon and Marx<sup>17</sup> before being incorporated into the Hague Convention. To understand genocide, we must first understand "crimes against humanity", a notion which itself has evolved from the Charter of

---

16. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. xxiii.

17. In effect, the great philosophers of the nineteenth century were inspired by Grotius, the XVII<sup>th</sup> century natural lawyer. See Albert DE LA PRADELLE, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Les éditions internationales, 1950, p. 88 cited in J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 3 : «Comme Grotius en tant que précurseur de la future notion de crime contre l'humanité... ».

Nuremburg (article 6c.) to the Rome Statute of the International Criminal Court<sup>18</sup> (article 7)<sup>19</sup>.

Therefore, one might question whether this crime foresaw individual criminal responsibility and State responsibility, and if so, do such sanctions<sup>20</sup> flow from *jus cogens*, a customary law of the highest norm in world public order, and if it is an exception to the application of the *nulla poena sine lege* principle (no crime without law).

### **1.1 The emergence of the legal notion of “crimes against humanity” arising from the Armenian massacres**

Armenians lived under Ottoman rule since the fifteenth century. There was a strong concentration in Constantinople, as well as the central and eastern provinces, in cities such as Bitlis, Adana, Diyarbakir, Trabzon, Urfa, Harput, Sivas, Mus and Van, all of which were lands inhabited by their ancestors for over three thousand years. Many western scholars agree that the Armenian population before the genocide was estimated between 1.8 to 2.1 million. These estimations have been challenged by some experts on the basis of the unreliability of the Ottoman population census<sup>21</sup>. As the genocide unfolded and continues to linger by its

---

18. *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, (2002) 37 ILM 999 (enter into force on 1st July 2001).

19. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. xxiii.

20. The use of this word will designate responsibility at both individual and state level in Part I of the paper and solely at a state level in Part II of the paper.

21. See Richard G. HOVANNISIAN, *The Armenian Genocide : History, Politics, Ethics*, New York, Edition Palgrave Macmillan, 1992, p. 309; See also Henry F.B. LYNCH, *Armenia. Travels and Studies*, Vol. II : the Turkish Provinces, London, Longmans, Green, and Co., 1901. The sundry reasons to diminish the actual figures in the Ottoman population census must take into account both Turkish and Armenian interests. For the former, they include the pressures of Turkish superiors towards the Armenian officials in charge to lower the Armenian figures and increase their contingents. For the Armenians, being regarded as "second-class citizens", they are said to have purposely undercounted themselves to

denial through the ages, its present mystery to the public at large is mostly due to the lobbying of diasporan Armenians with positions of influence in politics and media. Without the activism and education by these diasporan Armenians, the world would react with even less interest or possibly even apathy to the issue, preferring instead to fully focus on actual events. Despite the public's general ignorance to the genocide, its legal prevalence is far more blatant because it is arguably the starting point of internationally wrongful acts.

### **1.1.1 Political Declaration 1915**

The first declaration made by the Allied powers condemning the massacres of the Armenians contains the notion of "crimes against humanity" and as such became the first time that such a notion was encapsulated in an official document<sup>22</sup>. There is the idea that the massacres are against fundamental norms of international law and as such "all the members of the Turkish Government would be held responsible together with its agents implicated in the massacres"<sup>23</sup>. It appears that masking the gravity of the magnitude of the crimes by the Ottoman government became impossible as many missionaries, foreign officials and other military personnel dispersed and stationed throughout the cities, towns and villages of the Anatolian region reported and documented their consistent and unwavering observations. In spite of the blatant impact of the massacres, there was great difficulty implementing the appropriate sanctions, resulting from the Allies' inexperience prosecuting criminals in matters of world public order. Despite the presence of good faith, the enforcement of justice was simply impractical due to the absence of state practice.

---

avoid paying military taxes (that Turkish subjects were exempt from) whereby the amount would be based on census results.

22. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 7.

23. Egon SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, Oxford, O.U.P., 1946, p. 181, cited in Alfred DE ZAYAS "The Genocide against the Armenians 1915-1923 and the relevance of the 1948 Genocide Convention" online : <[http://www.armenica.org/material/paper\\_Zayas\\_Legal\\_opinion\\_ArmenianGenocide.pdf](http://www.armenica.org/material/paper_Zayas_Legal_opinion_ArmenianGenocide.pdf)> at 4 (29 July 2011).

### 1.1.2 Paris Peace Conference – January 1919

With the defeat of the Ottoman Empire in 1919, and within the context of the Paris Peace Conference, the Allied Forces set up a Commission on Responsibilities and Sanctions and its respective Sub-commission (also known as the Commission of Fifteen). This Commission examined, among other offenses, “barbarous and illegitimate methods of warfare”<sup>24</sup> with the purpose to prosecute those responsible for crimes identified in the Hague Convention. The Preamble reads :

*Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.*  
 [emphasis added]

This is referred to as the Martens Clause and pursuant to the above, in its studies of interpretation, the Commission proposed the adoption of a new category of war crimes. As Bassiouni identifies, “humanity” is invoked as a general norm and “the laws of humanity” and the “dictates of the public conscience” are identified as a matrix of the “principles of international law”<sup>25</sup>. Consequently, in March of 1919, the following violations were specified in the Commission’s report : “systematic terror, murders and massacres, dishonoring of women, confiscation of private property, pillage, seizing of goods belonging to the communities, educational establishments, and charities; arbitrary destruction of public and private goods; deportation and forced labor; execution of civilians under false allegations of war crimes; and violations against civilians and military personnel”<sup>26</sup>, all of which are found

24. V. N DADRIAN, prec., note 4, p. 304.

25. M. Cheif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Boston, 1992, 166-167 cited in V.N. DADRIAN, prec., note 4, p. 304.

26. V. N. DADRIAN, prec., note 4, p. 304.

in the Treaty's provisions<sup>27</sup>. The Turkish delegate acknowledged the existence of crimes committed against the Christian subjects of Anatolia. Turkish grand vizier, Damad Ferid Pacha, declared in a statement that during the First World War, the Ottoman territory suffered « des méfaits qui feront trembler pour toujours la conscience de l'humanité »<sup>28</sup>. As will be seen, initial efforts which sought an international tribunal lacked the perpetual international political will that was required to ensure justice. It thus seems adequate to conclude that the Armenian massacres constituted the first legal case of "crimes against humanity" as invoked during the Paris Peace Conference following the introduction of the concept in the Hague Convention. As such, it was starting to become clear that the prevention of crimes of this magnitude called for universal responsibility of *erga omnes* obligations concerning the laws of "humanity". Despite the recognition of need, however, the Treaty failed in establishing an international criminal court. Additionally, it is noteworthy that the Hague Conventions, open for signature and ratification, only represent a symbolic gesture by States as they "are considered as embodying rules of customary international law. As such they are also binding on states which are not party to them"<sup>29</sup>.

- 
27. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 11. The author mentions that article 46 was especially invoked in the Commission's Report which reads : "Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice must be respected. Private property cannot be confiscated".
28. *Id.*, p. 12. To place one in the proper context of events, for a short time period, Turkish generals gave statements similar to this which not only evidences that such crimes had legal implications but also as we will see later, they also have implications on state actors and the nation-state through the principle of attribution of wrongful acts on the State : « Il y avait dans cette déclaration un aveu implicite de crimes commis d'une telle importance qu'ils concernaient l'humanité toute entière. Toutefois la délégation turque considérait que de tels crimes relevaient de la seule responsabilité du parti Ittihad ».
29. Treaties and Documents, International Committee of the Red Cross (ICRC) – International Humanitarian Law, online : <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/195?OpenDocument>>. Thus, it is of no relevance that Turkey was a signatory but did not ratify the Hague Convention IV of 1907. This was clear in international law at the time.

## **1.2 The role of international politics in the failure of the Treaty of Sèvres – 1920**

The Treaty of Sèvres was signed by the Allies and the Ottoman Empire one year after the Commission's efforts to define the atrocities that were committed in Anatolia. The Treaty aimed to partition the Ottoman Empire and hold the war criminals liable for crimes against humanity. For the purposes of this paper, we will examine two specific articles : article 144 which concerns restitution for the victims and article 230 which outlines the sanctions for criminal acts. Article 230 of the Treaty reads :

The Turkish Government undertakes to hand over to the Allied Powers *the persons* whose surrender may be required by the latter as being responsible for the massacres committed during the continuance of the state of war on territory which formed part of the Turkish Empire on August 1, 1914. The Allied Powers reserve to themselves the right *to designate the tribunal* which shall try the persons so accused, and the Turkish Government undertakes to recognize such tribunal. In the event of the League of Nations having created in sufficient time a tribunal competent to deal with the said massacres, the Allied Powers reserve to themselves the right to bring the accused persons mentioned above before such tribunal, and the Turkish Government undertakes equally to recognize such tribunal<sup>30</sup>.

[emphasis added]

This treaty included a commitment to try Turkish officials for war crimes committed by Ottoman Turkey against Allied nationals, as well as those of a larger scale committed by Turkish authorities against subjects of the Ottoman Empire of different ethnic origins, particularly the Armenians.

Although article 230 does not expressly stipulate the extermination of the Armenians as a crime against humanity, it is implicitly referenced : « Le terme de “massacres” employé est

---

30. V. N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 305.

sûrement un euphémisme désignant les 'crimes contre les lois de l'humanité' [...] En outre, ce traité contient une disposition spécifique aux crimes de guerres (article 226) ce qui permet de penser que la disposition de l'article 230 est, a contrario, ne fut-ce que de manière implicite, porteuse d'une incrimination de crime contre les lois de l'humanité<sup>31</sup> ».

It is conceivable that the crime's unprecedented nature and the evolution of the term "crimes against humanity" from a moral concept to a universal legal one, contributed to the unsuccessful first attempts of holding those liable. Racine elaborates that this article failed in defining the perpetrators ("the persons"), the type of action against the perpetrators and the rules of procedure. Although the Allies had a clear idea of criminal liability, legally there was no precedent or any clear law as a basis : « Dans ce traité, il y avait à la fois l'ébauche d'une juridiction internationale et d'une incrimination internationale...[l]e traité recèle une valeur indéniable en tant qu'expression de l'évolution des lois de l'humanité en tant qu'étape liminaire dans l'histoire des infractions internationales »<sup>32</sup>.

The principle of just restitution also existed and was reflected in article 144 of the Treaty of Sèvres :

The Turkish Government recognizes the *injustice of the law of 1915 relating to Abandoned Properties* (Emval-I-Metroukeh), and of the supplementary provisions thereof, and declares them to be null and void, in the past as in the future. The Turkish Government solemnly undertakes to facilitate to the greatest possible extent the *return to their homes and re-establishment in their businesses of the Turkish subjects of non-Turkish race who have been forcibly driven from their homes* by fear of massacre or any other form of pressure since January 1, 1914. It recognizes that any *immovable or movable property of the said Turkish subjects or of the communities to which they belong, which can be recovered, must be restored to them as soon*

---

31. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 17.

32. *Id.*, p. 18.

*as possible, in whatever hands it may be found....* The Turkish Government agrees that arbitral commissions shall be appointed by the Council of the League of Nations wherever found necessary... These arbitral commissions shall hear all claims covered by this Article and decide them by summary procedure<sup>33</sup>. [emphasis added]

This serves as further evidence of the international recognition of the crime of “massacres” against the Armenian population of Turkey, but formal ratification of the Treaty never followed. Much like the omission to designate an international jurisdiction in the provisions of the Hague Convention, there was ultimately no creation of an international criminal tribunal as per the recommendation in article 230. Furthermore, no arbitral commissions were ever set up, thereby ignoring the order in article 144. Rather than implement the orders provided in the Treaty and increase protection, the Turkish government began issuing new laws of confiscation<sup>34</sup>. Subsequent international efforts to prevent the genocide wavered, and resulted in the gradual absence of international political and economic action to ensure that the perpetrators of the genocide would be brought to justice. In fact, “[t]he international efforts of the European Powers to bring the perpetrators of the Armenian genocide to justice fell victim to the overarching principle of national sovereignty and the machinations of international politics”<sup>35</sup>. Specifically, the rise of Mustapha Kemal Ataturk, the founder of modern Turkey, and nationalist sentiments due to the embarrassing new size of the former Empire, overrode any attempts of the European powers, which had grown increasingly interested in oil politics, to hold war criminals liable<sup>36</sup>.

---

33. A. DE ZAYAS, *prec.*, note 23.

34. Dickran KOUYMJIAN, “Confiscation of Armenian Property and the Destruction of Armenian Historical Monuments as a Manifestation of the Genocidal Process” online : California State University <<http://armenianstudies.csufresno.edu/faculty/kouymjian/articles/confiscation.htm>>(29 July 2011), p. 3.

35. V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 381.

36. See Peter BALAKIAN, *The Burning Tigris : the Armenian Genocide and America's Response*, 1<sup>st</sup> ed., New York, HarperCollins Publishers, 2003, p. 366. The author explains the political compromises that were made dur-



Even today, China hinders international efforts of holding Sudan liable for genocide in Darfur because of a similar foreign policy. Perhaps a complete shift in State practice is needed to establish a binding obligation on States to stop allowing effective impunity to perpetrators of international wrongful acts. Such State practice can only arise from political will, dialogue and negotiations among States.

### **1.3 Ineffectiveness of Turkish courts-martial (1919-1922) and consequential Armenian revenge acts**

#### **1.3.1 The Establishment of Turkish courts-martial and the rise of modern Turkey**

The British led initial efforts to hold those responsible for involvement in the massacres. Under their supervision, a defeated and demoralized Ottoman Empire opted to try her own citizens instead of submitting them to a foreign judicial body for indictment and prosecution. A number of Turkish deputies confessed during debates in the Ottoman Parliament<sup>37</sup>. Others, comprised of the majority of ministers belonging to the Ittihad party, denied the massacres and were quickly quelled by the Sultan with the dissolution of the Chamber of Deputies<sup>38</sup>.

---

ing the First World War and set a precedent for the following century. "The politics of oil had assumed a priority, even a fixation, with those who were forging the new geopolitical power structure. 'Oleaginous diplomacy' became an inside epithet, and 'dollar diplomacy' went to a new level".

37. *Id.*

38. See Yves TERNON, *Du négationnisme, mémoire et tabou*, Paris, Desclée de Brouwer, 1999, p 20. The author notes that in spite of accusations of the Allied forces, the Ottoman government had already prepared their arguments of defense in advance : «...les Arméniens se sont révoltés; le gouvernement a dû les déplacer, car ils demeuraient près du front et ils collaboraient avec l'ennemi; en dépit de toutes les précautions prises pour protéger leurs biens et leurs personnes, il y eut, lors de ces transferts, des victimes turques au cours de cette guerre terrible où l'armée et les populations civiles ont tant soufferts. Ce système de défense vola en éclats lorsque, en 1919 et 1920, le gouvernement ottoman, alors sous contrôle allié, prouva au cours de procès, que le Comité avait organisé

Thus, once the peace treaty went into effect, Turkish authorities arrested many of the perpetrators including : “the members of the of Ittihad’s Central Committee, the two wartime Cabi-Cabinet Ministers, a host of provincial governors, and high-ranking military officers identified as organizers of wholesale massacres in their zones of authority”<sup>39</sup>. Although the court-martial trials were based on domestic laws, many Turkish lawyers invoked the laws of humanity to justify the prosecution and punishment of the Turkish war criminals. For example, in the Yozgat trials of 1919 that examined the deportations and massacres, the Attorney-General Sami described the crimes as crimes against humanity and identified that the objective of the trials was to “establish these crimes and punish the guilty”<sup>40</sup>. The charges against those accused were conspiracy, premeditation and intent of the massacres, murder and personal responsibility<sup>41</sup>. Given the limited scope of this paper, we will focus on the charge of premeditation and intent in the Ottoman Criminal Code. The prosecution invoked these charges pursuant to article 170, which holds that: “If a person’s being a killer with premeditation is proved according to law, sentence for his being put to death is passed legally”<sup>42</sup>.

As such, at the beginning of the trial series in January 1919, Ahmed Essad, the wartime head of the Ottoman Interior Ministry’s Department II, presented the British with a document labelled the “Ten Commandments”<sup>43</sup> (considered today to be an

---

dans les moindres détails la suppression des Arméniens et qu’il devait seul en porter la responsabilité ».; See also J.B. RACINE, *prec.*, note 11 (who makes parallel observations) p. 25.

39. V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 307.

40. Vahakn N. DADRIAN, “The Turkish Military Tribunal’s Prosecution of the Authors of the Armenian Genocide : Four Major Court-Martial Series” (1997) 11 O.U.P. 28 p. 34.

41. V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 325-326.

42. *Id.*, p. 327.

43. See, for the circumstances in which the document was obtained which corroborate its authenticity, Vahakn N. DADRIAN, “The Secret Young-Turk Ittihadist Conference and the Decision for the World War I Genocide of the Armenians”, (1993) 7 O.U.P. 173, p. 176. The document reads : “1). Profiting by Arts : 3 and 4 of Comity of Union and Progress, close all Armenian Societies, and arrest all who worked against Government at any

authentic document attesting to the genocidal intent of the central government). The orders stipulated therein reflected the many testimonies of Turkish officials stationed throughout the Empire when the acts were committed. An example which illustrates the nature of secrecy of the orders is the testimony of Cemal, the Governor of the Yozgat district in Ankara province. Cemal :

testified that an informal secret order to exterminate the Armenians was given to him by Necati, Ankara's Responsible [a high ranking Ittihadist provincial boss], who called it "the will of Ittihad's Central Committee"; he showed the paper that allegedly contained the order, but would not permit Cemal to read it. When Cemal refused to take order under such circumstances, denouncing the idea of massacring innocent people, he was dismissed within two weeks<sup>44</sup>.

At the end of the proceedings in 1921, the main perpetrators, Talât, Enver, Djemal and Dr. Nazim were tried and sentenced to death in absentia pursuant to articles 45 and 170 of the Otto-

---

time among them and send them into the provinces such as Bagdad or Mosul, and wipe them out either on the road or there.(2). Collect arms.(3). Excite Moslem opinion by suitable and special means, in places as Van, Erzeroum, Adana, where as a point of fact the Armenians have already won the hatred of the Moslems, provoke organised massacres as the Russians did at Baku.(4). Leave all executive to the people in the provinces such as Erzeroum, Van, Mumuret ul Aziz, and Bitlis, and use Military disciplinary forces (i.e. Gendarmerie) ostensibly to stop massacres, while on the contrary in places as Adana, Sivas, Broussa, Ismidt and Smyrna actively help the Moslems with military force.(5). Apply measures to exterminate all males under 50, priests and teachers, leave girls and children to be Islamized. (6). Carry away the families of all who succeed in escaping and apply measures to cut them off from all connection with their native place.(7). On the ground that Armenian officials may be spies, expel and drive them out absolutely from every Government department or post.(8). Kill off in an appropriate manner all Armenians in the Army - this to be left to the military to do.(9) All action to begin everywhere simultaneously, and thus leave no time for preparation of defensive measures.(10). Pay attention to the strictly confidential nature of these instructions, which may not go beyond two or three persons".

44. *Id.* p. 177.

man Penal Code<sup>45</sup>. Other trials were conducted before different Ottoman courts on the basis of article 171 of the Ottoman Military Code concerning the offence of plunder of goods, and invoking "the sublime precepts of Islam" as well as those of "humanity and civilization" to condemn "the crimes of massacre, pillage and plunder"<sup>46</sup>. These trials resulted in the conviction and execution of three perpetrators at a low government level, pursuant to the aforementioned domestic criminal laws. For the first time in history, deliberate mass murder, designated "a crime under international law" was "adjudicated in accordance with domestic penal codes, thus substituting national laws for the rules of international law"<sup>47</sup>.

For nearly two years, Great Britain detained some 120 Turkish prisoners at Malta while awaiting trial, but the British government was ultimately blackmailed into releasing them in 1921-22 in exchange for British officers and men who had been taken hostage by the new Kemalist Turkish government<sup>48</sup>. Although the Turkish trials that followed the end of the war were generally successful in documenting the crimes committed against the Armenians, they failed to punish the rest of the perpetrators. The new Turkish government and the "nationalistic aspirations of unity and national pride were inconsistent with the internal impulse to fix blame and apportion responsibility for the Armenian genocide on Turkish leaders"<sup>49</sup>. Although the first attempt in creating an international criminal tribunal to punish genocide failed as a result of Turkish nationalism and Allied indifference, the world was convinced that a crime of unprecedented magnitude had occurred. In fact, due to the many eyewitness accounts of missionaries and

---

45. Gérard CHALIAND, *Le Crime de silence : Le genocide des Arméniens*, Paris, Éditions Flammarion, 1984, p. 81; See also V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 332.

46. Vahakn N. DADRIAN, "Genocide as a Problem of National and International Law : The World War I Armenian Case and its Contemporary Legal Ramifications", (1989) 14 *Yale J. Intl L.* 221, p. 308.

47. *Id.*, p. 292.

48. A. DE ZAYAS, *prec.*, note 23, p. 4.

49. V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 317.

diplomats in Turkey<sup>50</sup> and the resulting media attention outside of Turkey<sup>51</sup> during and after the war, consensus that there had in fact been a genocide was largely achieved. Of all the failures to punish the war criminals of the First World War, the absence of sanctions for those who participated in the genocide bore terrible consequences and garnered the most regret<sup>52</sup>. Conversely, and on a positive note, these trials allow for a strong position to counter arguments of denial : « ils permettent en effet d'apporter une preuve supplémentaire du génocide émanant de documents officiels ottomans<sup>53</sup> ».

Ultimately, we argue that the evidence produced from Turkish archives is the most reliable source. Those in Turkey who vehemently deny the genocide blame the biased nature of the sources of the "Ottoman Empire's enemies". Although all evidence found in the archives of several countries leads to the same conclusion, those in Austria and Germany are said to be the most

- 
50. Missionaries stationed in the Ottoman Empire entered what they observed. Original documentation remains in their respective countries' archives. See e.g. Matthias BJORN LUND, "Scandinavia and the Armenian Genocide" 24-04-08 Armenian Weekly, p. 19 online : <[http://www.armenianweekly.com/wp-content/files/AW\\_Apr08.pdf](http://www.armenianweekly.com/wp-content/files/AW_Apr08.pdf)> (29 July 2011); Tacy ATKINSON, *The German, the Turk and the Devil Made a Triple Alliance, Harput Diaries, 1908-1917*, England, Taderon Press, 2000; Johannes LEPSIUS, *Bericht über die Lage des armenischen Volkes in der Türkei* ("Report on the situation of the Armenian People in Turkey"), Bad Schussenried, Hess, 2011.
51. For example, in 1915 alone, the New York Times published 145 articles on the Genocide. See e.g. Vincent YARDUM, "the Death of Armenia", 15-09-15 New York Times online : <<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10713FE395D16738DDDAE0994D1405B858DF1D>>; "Appeal to Turkey to Stop Massacres", 28-04-15 New York Times online : <<http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9A07EFDE153EE033A2575BC2A9629C946496D6CF>>.
52. Theodore Roosevelt is quoted to say that the Armenian Genocide was "the greatest crime of the war"; See James F. WILLIS, *Prologue to Nuremberg : the Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Sydney, Greenwood Pub Group, 1982 cited in A. DE ZAYAS, prec., note 23, p. 4.
53. J.B. RACINE, prec. note 11, p. 31.

compelling and reliable, thus it is impossible to refute their neutrality<sup>54</sup>.

The establishment of courts-martial was an experiment which illustrates the difficulty in prosecuting criminals for genocide and other crimes against humanity (such as pillage, rape and torture) through domestic processes without the complete commitment of the international community. The Leipzig trials, which took place simultaneously and aimed to prosecute war criminals, further corroborates this challenge.

### **1.3.2 Armenian Revenge Acts**

The negative impression of justice induced the Dashnak – “nationalist” party, under the mandate of Armen Garo and Chahan Natali, to organize “acts of vengeance”. The purpose was to kill those who were sentenced to death in absentia during the Ottoman court-martial trials<sup>55</sup>. The primary perpetrators were mostly assassinated by Armenian nationals between the years 1921-1923. Talât, the ex-Minister of Interior who had escaped to Berlin, was assassinated by Soghomon Tehlirian in 1921. Talât’s assassination is the most representative of the weight that is given to the crimes committed by the Ottoman Turks. As Tehlirian was apprehended by pedestrians, he shouted in broken German : “I foreign-

---

54. See V.N. DADRIAN, *German Responsibility in the Armenian Genocide: A Review of the Historical Evidence of German Complicity*, Massachusetts, Blue Crane Books, 1996, p. 45, 73, 74. Austria-Hungary and Germany were allies to the Ottoman Empire. The morality of Austrian and German consuls of Anatolia transcended the custom of mutual trust between allies especially when such trust is of utmost importance during war-time. In a matter of weeks, many of them who routinely witnessed the atrocities befalling the Armenians could no longer bear to be complicit by covering up the crime. Therefore they reported back with their observations to their superiors, that is, the ambassadors in Constantinople, who in turn informed their governments in Vienna and Berlin via telegrams, all of which contain the equivalent word for “annihilation” or “extermination”. These writings, imprinted with “secret” or “highly confidential” show they were not meant for public consumption and therefore enhance the veracity of their content.

55. J.B. RACINE, prec., note 11, p. 39.

er, he foreigner, this not hurt Germany... It's nothing to do with you". It was "national justice carried out in an international setting" <sup>56</sup>. In his trial before a German criminal court, his acquittal was not further explained and he was deemed temporarily insane pursuant to article 51 of the German criminal code. Perhaps this was due to the legal vacuum of "act of vengeance"<sup>57</sup>, particularly present in this case where an individual that had witnessed the atrocities committed against him and his family assassinated the person who ordered the extermination of 1.5 million Armenians<sup>58</sup>. The trial also provided the testimonies of many survivors and "extraordinary documents which disclosed Talât's official orders to exterminate the Armenians"<sup>59</sup>. Similar assassinations of Turkish diplomats continued to occur worldwide throughout the 1970s and 1980s<sup>60</sup>.

Was justice really served among the Armenian community? Did this ensure that a crime of the highest degree was recognized to the extent that it redefined Armenian history? The murders of high-ranking officials did not erase the intentional wrongful act and served no purpose in repairing the injury. The trauma of the survivors, a lost cultural identity on historic lands, the physical destruction of a people and the confiscation and expropriation of

---

56. Samantha POWER, *A Problem from Hell : America and the Age of Genocide*, New York, HarperCollins, 2002, p. 1.

57. J.B. RACINE, prec., note 11, p. 41. It is also argued that this was a way in which to exonerate Germany for its complicity in the extermination of the Armenians; See V.N. DADRIAN prec., note 4, p. 256-260 for parallel observations.

58. See S. POWER, prec., note 56 for the gruesome details that Tehlirian witnessed before he was left for dead by Turkish gendarmes.

59. P. BALAKIAN, prec., note 36, p. 345.

60. See e.g. Thomas DE WAAL, *The Caucasus : An Introduction*, London, Oxford University Press, 2010, p. 30; See also "Terrorism : Long Memories", 08-08-83 Time, online : <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,955176,00.html>> (31 July 2011). The first, which set off a chain of subsequent killings, began in 1973 with an elderly survivor of the Genocide who assassinated two Turkish diplomats in Los Angeles. These isolated incidents occurred sporadically for over ten years by the ASALA (Armenian Secret Army for the Liberation of Armenia), a secretive and unpopular group whose demands were the recognition of the Genocide by Turkey and reparations.

their lands, property, churches, and schools continue to weigh heavily on the Armenian people.

#### **1.4 Consequences of the Treaty of Lausanne (1923) and the pursuit of sanctions based on State responsibility**

##### **1.4.1 The ineffective mechanisms to enforce sanctions and subsequent repercussions**

Ultimately, the pressure applied by the British on Turkey was utterly ineffective in implementing sentences in the Ottoman war crimes tribunals. The Allies' flagging efforts to implement an international criminal tribunal pursuant to the Treaty of Sèvres was equally disappointing. Turkey actually regained its reputation as a newly formed Western-backed democracy under Atatürk. The Allies' failure to follow through with the Treaty elicited considerable rancor with Armenians. The expectation of unifying Armenia to its western counterpart (eastern Anatolia) as envisioned by the Treaty dwindled with fresh fighting between Kemalists and Armenian nationalists and a new cycle of Armenian massacres hampered progress in implementing the land concessions from Turkey to Armenia. Most importantly, despite the lands it lost after the war, Turkey still partly controlled the oil reserves with the British in the Middle East. This therefore placed Turkey in a strong position at the bargaining table leading into the Treaty of Lausanne<sup>61</sup>. Furthermore, due to some ambiguities in the Treaty of Sèvres text, the absence of legal precedent to follow and a new foreign policy for Turkey in mind, the Treaty was never ratified. The Treaty of Lausanne, signed on July 24, 1923, abandoned the Allies' demands for an international trial and the punishment of the Ottoman government for the massacre against the Armenians, as the Treaty of Sèvres had provided for (article 230), the commitment to

---

61. See Christopher SIMPSON, *The Splendid Blond Beast : Money, Law, and Genocide in the Twentieth Century*, New York, Grove Press, 1993, p. 36-37 : "The point was nonetheless clear. Western governments had discarded wartime promises of action against the Ittihadists who had murdered about a million people in order to help their political manoeuvring over oil concessions in the Middle East".



grant reparations to the survivors of the genocide (article 144), and the recognition of a free Armenian State (Section VI, articles 88-93)<sup>62</sup>. Thus, although the Allies would lay the building blocks for international tribunals and the concept of "genocide" by acknowledging the "new crimes of Turkey against humanity", the Armenians would not see true justice brought by the international community<sup>63</sup>. Many in the political arena condemned the concessions to the new Turkish republic which left the newly found State with impunity. For example, in the United States, the Democrats condemned the Treaty saying "it barter legitimate rights and betrays Armenia for the Chester oil concessions"<sup>64</sup>.

One of the three key leaders that planned the genocide, Talât, was quoted to say : "I have the conviction that as long as a nation does the best for its own interests, and succeeds, the world admires it and thinks it moral"<sup>65</sup>. The ensuing impunity enjoyed by the Turkish State thereby validates the statement. Today, "[n]ot only is the victim's quest for justice denied, but even more important, the perpetrator is encouraged to redefine the offense in such a way that the criminality of the act is either diluted or denied altogether"<sup>66</sup>. The repercussions and historical significance of impunity cannot be overestimated, especially in the analysis of subsequent totalitarian regimes. Hitler must have been fully aware of the genocide; when preparing for the invasion of Poland, he encouraged his officers to be "brutal and merciless", declaring "Wer redet heute noch der Vernichtung der Armenier?" – "Who af-

---

62. A. DE ZAYAS prec., note 23, p. 3. Armenia incorporated in the Russian Empire "...had declared its independence on 28 May 1918, but in the end lost Western Armenia to Turkey and Eastern Armenia to a communist takeover (backed by Soviet Red Army units), which would ultimately lead to incorporation of the new Republic of Armenia into the Soviet Union as a Soviet Republic."

63. S. SHAMSEY, prec., note 1, p. 371.

64. P. BALAKIAN, prec., note 36, p. 372.

65. V.N. DADRIAN prec., note 4, p. 383.

66. *Id.*, p. 294, 287 : "Still in bondage to the shackles of obdurate atavism, and still profiting from the fruits of the negative reward, i.e., the impunity accruing to it, Turkey may continue for a while to deny any and all culpability."

ter all is today speaking of the destruction of the Armenians?" and further adding "Die Welt glaubt nur an den Erfolg" – "The world believes only in success"<sup>67</sup>. As such, the worship of success can only fuel denial, because success seems to cause the world to ignore the horrific lack of rationality and the brutality of the successful acts.

#### **1.4.2 The retroactive nature of jus cogens : an analytical framework**

Crimes against humanity and genocide are *jus cogens* crimes, peremptory norms for which there can be no derogation and for which there is universal jurisdiction. It gives the right for all States to seize international courts to bring the perpetrating party to justice<sup>68</sup>. As such, the prevention and prohibition of genocide has acquired an *erga omnes* status. Such crimes constitute the highest pedigree of customary international law<sup>69</sup>. Therefore, its *jus cogens* nature is not debatable and had not been debatable, we contend, when the crimes were committed<sup>70</sup>. In effect, the only

---

67. *Id.*, p. 403-404. It is argued today among lawyers, that this statement provides one of the strongest evidences if ever to be used in a court of law as it was a motive by the perpetrator to justify impunity for subsequent genocides.

68. See Prosper WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law" (1983) 77 Am. J. Int'l. L. 413, p. 429 cited in P.S. RAO, *prec.*, note 15, p. 931 : "Weil noted that a principle of international law becomes *jus cogens* or gets the status of peremptory norm, or becomes a principle whose violation is an international crime, not so much by virtue of the content of the principle, but by the recognition accorded to it by the international community. Further, he pointed out that once recognized and accepted by the 'essential components of the international community', the super norms would ipso jure be imposed on all States, including those who were against that recognition".

69. Francisco F. MARTIN, "Delineating a Hierarchical Outline of International Sources and Norms". (2002.) 65 Sask. L. Rev 333, p. 352.

70. Michael BRYERS, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules" (1997) 66 Nordic J. Int'l L. 211, p. 224 : "For instance, most international lawyers would accept that *jus cogens* rules have not always existed."; See also Jeffrey S. MORTON, "The International Legal Adjudication of the Crime of Genocide" (2000) 7 ILSA J. Int'l & Comp. L. 329, p. 330 : "To state that genocide is a twentieth century

precedent which is sufficient to highlight the legal aspects of this case is the only other genocide which predates the Genocide Convention's introduction -the Holocaust. In fact, the Armenian Genocide was still fresh in the minds of those who sought justice in the Nuremburg trials. The British Chief Prosecutor at Nuremburg took the Armenian example as the foundation of the Nuremburg law on crimes against humanity declaring : "The same view was acted upon by the European Powers which in time past intervened in order to protect the Christian subjects of Turkey against cruel persecution." He further submitted that with respect to the limits of state sovereignty in relation to international law : "the ultimate unit of all law, is not disentitled to the protection of mankind when the State tramples upon his rights in a manner which outrages the conscience of mankind"<sup>71</sup>. An attempt to bring the unity and sustainable commitment of the international community proves to be of utmost importance in achieving justice. In response to critiques about its nature, "the tribunal rejected the argument that the Nuremburg Charter was an arbitrary exercise of power on the part of the victors. It asserted instead that the Charter expressed international law already existing at the time the Charter was framed"<sup>72</sup>. Thus, the declarative nature of the Genocide Convention as existing law was generally established by international courts such as the Tokyo and Nuremburg Tribunals.

Additionally, in the case of the ex-post facto nature of the Armenian Genocide, the Vienna Convention is clear on how to interpret the Genocide Convention. The latter has no provisions regarding its retroactive nature, but article 31 of the Vienna Convention gives clarification on interpreting treaties: in light of their object and purpose. The Genocide Convention's objective of stopping such crimes from ever occurring ("prevention") allows for

---

phenomenon is misleading; however, to label the 1900s the century of genocide is accurate".

71. H.M. STATIONERY OFFICE, "Speeches of the Chief Prosecutors at the close of the Case against the Individual Defendants, (1946), 63 Cmd. 6964 cited in V.N. DARDIAN, *prec.*, note 46, p. 325.

72. Vahakn N. DADRIAN, "The Historical and Legal Interconnections Between the Armenian Genocide and the Jewish Holocaust : From Impunity to Retributive Justice", (1998) 23 Yale J. Int'l L. 503, p. 550.

retroactive application as long as there is still a legal basis for an action<sup>73</sup>. Furthermore, the Martens Clause of the Hague Convention which reads "until a more complete code of the laws of war has been issued," must have made the legislator aware of the crimes that encapsulate the "laws of humanity", even if they were not yet put into words. Its literal sense would allow us to conclude that the legislator could foresee the later delineation of the different facets of the laws of humanity and until then its broader scope would receive application.

The difficulty today is the liability of modern-day Turkey in light of the principle of State succession. We must first establish the weight of reliable and compelling evidence of genocide by the Ottoman Empire before discussing the responsibility of Turkey. If so, what types of (State) sanctions are possible in case of a breach of the law?

## **2. The acceptance of the Armenian case as "genocide" today and possible legal vehicles against the State of Turkey**

The Genocide Convention was adopted following Raphael Lemkin's efforts in coining and defining the term. He espoused especially the Armenian case in his grasping of the notion. The acceptance of the term 'genocide' to describe the Armenian massacres is pursuant to article II of the Genocide Convention, which defines and delineates the notion from the other crimes against humanity it used to be subsumed in. In contrast to crimes against humanity, which require a "general intent", genocide is

---

73. J. SHAMSEY, prec., note 1, p. 337; See also J.B. RACINE, prec., note 11, p. xxiii. The amnesty accorded to Turkey for the Genocide by the Treaty of Lausanne was, we argue, contrary to *jus cogens*. If the latter was indeed already existing customary international law, art. 53 of the Vienna Convention renders the amnesty annexed to the Treaty of Lausanne null and void. This leads us to the type of action to be brought and if there is any prescription. In effect, an action only exists insofar as the perpetrators are still alive as a criminal case is interrupted with death. Considering another scenario, the retroactive nature can only serve to attribute the responsibility on the State.

defined by "a specific intent to destroy in whole or in part a national, ethnical, racial or religious group"<sup>74</sup>. The definition lacks the inclusion of cultural genocide, part of the injury still suffered by diasporan Armenians. Does this concept have a legal status in international law as a *jus cogens* violation?

The consequences of genocide persist today. Survivors and their descendants remain affected by the events. In effect, the time frame has not yet lapsed to break the causal nexus between the fault and the injury<sup>75</sup>. The absence of formal recognition gives genocide its continuity and its present relevance<sup>76</sup>. Since the advent of the United Nations, international law has been in constant development, making it more feasible than it had previously been to both punish the perpetrators of crimes against humanity and remedy the consequences of the injury through various forms of reparation. What remains to be seen is whether these international legal and political bodies can hold a State liable for prior *jus cogens* violations.

## **2.1 The Legal Qualification of the Armenian Case as genocide and its implications in international law**

The establishment of the constituent elements of domestic criminal law, the *actus reus* (perpetrated acts) and the *mens rea* (special intent) are equally reflected in the crime of genocide. As

---

74. See J. SHAMSEY, *prec.*, note 1, p. 339. The author argues the idea that the specificity aspect of genocide cannot be used against lower level perpetrators and this is explained by their level of knowledge about the broader scope of the crime : "...the crime of genocide is probably more applicable to high-level leaders, while [crimes against humanity and war crimes] could be used to try lower-level state actors...Genocide seems to make it possible to convict high-level officials who may be removed from the actual atrocities".

75. See generally the UN GAOR, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, 56<sup>th</sup> Sess., Supp. No.10, UN Doc A/56/10 (2001), available at <<http://www.un.org/law/ilc>> (31 July 2011); The text of the Draft Articles with commentary is reprinted in 37 ILM 440 (1998).

76. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. xx.

anticipated by the Genocide Convention, this crime is deemed an offense under many States' domestic laws. The crime thus consists of establishing these elements.

### **2.1.1 Material Elements**

Article II of the Convention reads :

In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such :

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

The provision encapsulates what happened during the First World War to the Armenians, a defined national, ethnic, racial and religious group from the Turkish people (Art. II a))<sup>77</sup>. An example of one of the gravest of crimes committed at the time is documented in the memoir of Leslie Davis<sup>78</sup>, American Consulate of Harput. Davis recounts his observations in which the focal point is on the horrendous massacres of the women and children in the province of Harput. His assistant, a Turkish employee in the American Consulate, told him that he had evidence that all the Armenians were being deprived of their property to be deported to Mesopota-

---

77. See, for the nuances between these four notions, *The Prosecutor v. Akayesu*, [1996] ICTR 96-4-T, par. 512-515, online : ICTR <<http://www.ictr.org>> (31 july 2011). [hereinafter "Akayesu"]

78. See in general Leslie A. DAVIS, *The Slaughterhouse Province : An American Diplomat's Report on the Armenian Genocide, 1915-1917*, New York, A.D. Caratzas, 1989.

mia outside Harput city. As a guide, he took Davis to the sites of atrocities near Lake Goeljuk where the Consulate witnessed the naked corpses of women that had been violated to death. The remaining surviving women were forced into harems, were raped and forced to bear the children of their Muslim aggressors. Davis describes having spent over twelve hours inspecting the extent of the atrocities of Harput's Armenian population.

Due to the limited scope of this paper, we will resign ourselves to relying on the uniformity of these and other testimonies<sup>79</sup> (many of which are on film). Stories of survivors, official documents (letters, cipher-telegrams, newspaper articles, photographs) and the confessions of many government officials in the Turkish courts-martial as transcribed in *Takvim-i Vekayi*, the Ottoman Gazette, all demonstrate the veracity of the material facts.

### 2.1.2 Intentional Elements

The mental element reflects the psychological state of the author of the infraction. Within the framework of intentional infractions, the author must commit the infraction with the will to achieve a result prohibited by law<sup>80</sup>. In effect, it is the specific intention to destroy a protected group that determines the specificity of genocide.

The legal adjudication of the intent of genocide depends on a high threshold of burden of proof which is imposed on the plaintiff<sup>81</sup>. As such, the bulk of the prosecution's case is contingent upon the quality of evidence of special intent or *dolus specialis*<sup>82</sup>

---

79. Missionaries stationed in the Ottoman Empire entered what they observed. Original documentation remains in their respective countries' archives. See e.g. M. BJORNLUND, *prec.*, note 50; T. ATKINSON, *prec.*, note 50.

80. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 63.

81. See Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, [2007] ICJ Rep. [hereinafter "the Bosnian Genocide"].

82. See e.g. "Akayesu", *prec.*, note 77.

without which the massacres that occurred would not be labeled as genocide. This high threshold has been criticized by many lawyers for its unreasonable nature<sup>83</sup>. Unlike the Nazi regime, which openly revealed its plans, the Ittihad leaders focused on masking their intent through the guise of the irrational, albeit legal provisions for deportations which ultimately became extermination marches<sup>84</sup>. The evidence of the intentional nature of the massacres is apparent, even if the world did not witness the perpetrators openly denouncing their plans. As observed by one legal scholar: “[g]overnments less stupid than that of National Socialist Germany will never admit the intent to destroy a group as such, but will tell the world that they are acting against the traitors”<sup>85</sup>.

Under positive law, circumstantial evidence may serve the purpose of proving the required intent to support *dolus specialis*<sup>86</sup>. The few documents obtained by the British from Essad, including the “Ten Commandments”, are the only original signed papers emanating from high-ranking government officials. Most authentic documents were destroyed by Ittihad party members following the armistice of 1918. Circumstantial evidence, if offered in a way that leaves no doubt of *dolus specialis*, could corroborate the remaining authentic documents<sup>87</sup> (namely, the minutes taken by Turkish officials during the court-martial trials). Countless other

---

83. Freda KABATSI, “Defining or Diverting Genocide : Changing the Comportment of Genocide” (2005) 5 Int’l Crim. L. Rev 387, p. 391.

84. See V.N. DADRIAN in general. These statements are largely substantiated in Turkey’s historical archives.

85. Georges A. FINCH, “The Genocide Convention”, (1949) 43 Am. J. Int’l Law 583 cited in V.N. DADRIAN, *prec.*, note 46. As mentioned earlier, the war gave the Ottoman government its long-awaited opportunity to exterminate the Armenians.

86. See “Akayesu”, *prec.*, note 77; See also *Prosecutor v. Tadic*, [1995] No.IT-94-1, (ICTY A.C.); J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 60.

87. V.N. DADRIAN, *prec.*, note 4, p. 322. To refute denialist arguments today concerning authenticity, it should be stressed at this point that the dozens of cipher-telegrams used (as evidence) between military commanders on exterminating Armenians during the courts-martial were previously authenticated by a stamp as conform to the original, - (*aslina muvafik*) after careful scrutiny of the documents by the experts working in the Interior Ministry.



testimonies from Armenians and non-Armenians alike, and the historical and political circumstances preceding the intent to destroy the Armenian population of the Ottoman Empire all serve as viable circumstantial evidence<sup>88</sup>.

The vehement denial of the Turkish government in both the past and the present is an obstacle in having an international court or institution weigh such documents without reasonable doubt. Thus, to reinforce the proof of the intention to destroy the Armenian population, it is necessary to rely on corroborating elements. It is then possible to deduce the intention to destroy a human group by a certain number of circumstances that crystallize the facts certain of the specific criminal intention. This was an important factor in determining intent in the Bosnian Genocide Case<sup>89</sup>. We can identify a few other indicative factors that establish the intentional element.

Firstly, the number of victims is a strong indicator of the intent to destroy a given group ("a substantial part of the group" as established in the Bosnian Genocide Case, para. 242)<sup>90</sup>. The population censuses that were taken in most regions before and after the war indicate mass massacres. Of course, massacres and "genocide" are not necessarily connected. But as Jurovics notes,

[L]a répétition des actes criminels, c'est à dire leur commission systématique et généralisée, leur étendue géographique ou dans le temps, leur massivité, le nombre des victimes d'un même groupe, fournit une présomption simple mais claire de la présence d'une telle intention... plus le nombre de victimes est important et plus est sous

---

88. Kevork BAGHDJIAN, "La confiscation, par le gouvernement turc, des biens arméniens...dits abandonnés", 1<sup>st</sup> ed., Montréal, 1987; « Les récits des témoins et des survivants, les rapports des diplomates, les enquêtes des journalistes, les minutes des procès, tout un ensemble documentaire apportait l'évidence de la volonté de détruire un peuple par le sabre et le couteau, par la faim, la soif, l'épuisement et la maladie ».

89. "The Bosnian Genocide", prec., note 81, par. 376.

90. "The Bosnian Genocide", prec., note 81; See also J.B. Racine, prec., note 11, p. 60.

tendue l'intention de détruire une collectivité nommée et désignée<sup>91</sup>.

For the murder of nearly 1.5 million Armenians, he explains : « Un tel nombre et de telles proportions, en ce qu'ils sont associés à une zone géographique étendue et à une répétition dans le temps, invitent naturellement à en déduire une intention de détruire l'ensemble des Arméniens de l'Empire ottoman<sup>92</sup> ».

Secondly, the premeditation and organization of massacres are other indicators<sup>93</sup>. There is no doubt that one of the longest lasting and successful empires in the world had hierarchically organized both its political and military spheres. With this in mind, it is irrational to think that large scale massacres from region to region are sporadic and disorganized in nature. The deportations of the Armenians were conferred to a Commission of Deportation and the orders were transmitted by the Minister of Interior to the *vali* (equivalent to governors). The orders were later executed on the territory through the sub-level organ, the Special Organization (*teskilati mahsus*)<sup>94</sup>. The orders, as laid down in the "Ten Commandments", were executed in various methods depending on the region<sup>95</sup>. There was thereby a hierarchical regimented administration where the purpose was to manage the process of exterminating the Armenians. There was a clear objective of the extermination, the destruction or devastation<sup>96</sup> (all these words

---

91. Yan JUROVICS & L. HUSSON, "Le crime contre l'humanité" in *Jurisclasser Droit international*, fasc. 410, 2003, n. 105, p. 318-319; quoted in J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 61.

92. *Id.*; *Prosecutor v. Goran Jelusic*, [2001] No.IT-95-10-A (ICTY A.C.), par. 47.; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, [2001] No. ICTR-95-1-T (ICTY T.C.), par. 189-191.

93. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 62; *Prosecutor v. Kambanda*, [2000] No.ICTR-97-23-A, (ICTR A.C.), par. 61-62.

94. The Special Organization was comprised of Turkish and Kurdish prisoners released from prison specifically for the execution of the massacres.

95. See in general Vahakn N. Dadrian, "The Role of Turkish Physicians in the World War I Genocide of the Ottoman Armenians" vol.1, New York, Pergamon Press, 1986, no. 2 Holocaust and Genocide Stud. p. 169.

96. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 61.

are found in the different testimonies of the surviving Armenian diaspora as well as foreign diplomats in the Ottoman Empire).

Finally, with regards to the authors of the crime, as per articles III and IV ("the persons") of the Genocide Convention, there is no ambiguity that the orders stemmed from the ruling political party intending to homogenize the Empire by devising the "final solution" to achieve its goals.

The recognition of the Genocide by international legal or political institutions serves to bridge the gap for appeasement and justice, or in legal terms, to wipe out the injury caused by the continuous acts of denial. The large number of unpunished perpetrators and the absurd excuses invoked by the State to displace an entire people from their historic homeland by illegitimate laws should be firmly established.

It is important to reiterate<sup>97</sup> that both State responsibility and individual criminal liability<sup>98</sup> in the Armenian case predated the Genocide Convention. Despite this, at present only one of these two scenarios as expressed in the Genocide Convention, regarding State responsibility<sup>99</sup>, leaves the possibility for a political role in, or the legal adjudication against, the State of Turkey since most perpetrators of the crime are no longer living. Indeed, the purpose of international law is to hold the State which engaged in

---

97. J. SHAMSEY, prec., note 1, p. 337; See also J.B. RACINE, prec., note 11, p. xxiii. As seen above, during the Paris Peace Conference, the Commission of Fifteen established liability against the Ottoman Empire for crimes against humanity and envisaged compensation as reparations through the Treaty of Sèvres which itself was inspired by the Hague Convention.

98. See e.g., A. DE ZAYAS, prec., note 23, p. 1. The crime of Genocide entailed "...both a responsibility to provide compensation and the personal criminal liability of the perpetrators".

99. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, prec., note 12, art. IX : "Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfillment of the present Convention, including those relating to the *responsibility of a State for genocide* or for any of the other acts enumerated in article III, *shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute*" [emphasis added].

a wrongful act liable by using any viable international legal avenue.

## **2.2 International judicial bodies which may have competence to decide on Turkey's liability**

Thus far, we have established a hypothetical framework in which Turkey could be legally responsible for genocide, even in the face of denialist propaganda. We will now attempt to analyze the possibilities of bringing such a case to the International Court of Justice, the European Court of Human Rights and the International Criminal Court in light of their constitutive laws, and establish the potential procedural and legal obstacles arising out of an action against Turkey which could hinder the process of accountability at any time.

### **2.2.1 The International Court of Justice as a legal avenue and obstacles**

The United Nations' judiciary organ, the International Court of Justice (hereinafter "the ICJ"), is perhaps the most relevant international legal court to hold Turkey liable for crimes committed against the Armenian population during the First World War. Indeed, we have laid the groundwork for the retroactive application of the Genocide Convention and as per article 38 (1) b) of the Statute of the International Court of Justice (hereinafter "the ICJ Statute")<sup>100</sup>, we confirm the Court's competence to adjudicate on "international custom". In effect, the ICJ has competence to rule on the issue of retroactive application of genocide or in its recognition, as well as the question of the attribution to Turkey of the massacres. In addition, similar to domestic law, the ICJ's judgments are subject to *res judicata* but without appeal<sup>101</sup>. As such, we have to be wary that this kind of judgment is binding on the parties, and, moreover would influence any other tribunal that seeks international recognition, as well as individual or mass

100. Statute of the International Court of Justice, annexed to the Charter of the United Nations, 26 June, 1945, Stat.1031, T.S. 993, 1 U.N.T.S. xvi

101. *Id.*, art.60.

compensations to the victims or the Republic of Armenia by other international courts or civil courts.

As this case has not come before the ICJ, we will base our approaches on a theoretical framework. Firstly, we will set out some potential procedural obstacles (or preliminary objections on the admissibility of the case) in light of case law following Turkey's assent to be bound by the ICJ's jurisdiction<sup>102</sup>. Secondly, we will assess the arguments of the Bosnian Genocide Case and how this sheds light on the Armenian Case. Indeed, the Bosnian Genocide Case is thus far the only one adjudicated by the ICJ on genocide.

The first procedural obstacle by Turkey to exempt itself from the ICJ's jurisdiction is its legal continuity from the Ottoman Empire. Does the case of Ottoman Empire/Turkey compare to that of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)?

Some state practice after the Holocaust may provide insight on adjudication on the Armenian Case and Turkey's legal and moral responsibility based on the principle of State Succession. As there is no legislation in force on this principle and some inconsistent state practice<sup>103</sup>, the ICJ considers this principle as it arises

---

102. *Id.*, art.36 (1), (2); See generally Stanimir A. ALEXANDROV, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice : How Compulsory Is It?" (2006) 5 Chinese J. of Int'l L. 29. Any challenge presented to the Court's jurisdiction shall be decided by the Court as per art. 36(6) of the Rome Statute. Genocide, a crime backed by a "compromissory clause", that is, in Art. IX of the Genocide Convention, which directs it to the ICJ's jurisdiction, legally establishes the Court's competence to adjudicate on the matter. Turkey to this day has made no reservations with regards to this clause, which legally obliges her to consent to the Court's jurisdiction on genocide (Art. 36(1)). Even in spite of consent, Turkey could in practice refuse to adhere to the Court's judgment, if such a judgment is against its vital interests as a sovereign nation-state.

103. For example, when Czechoslovakia disintegrated into two States, it did so with both having a clean slate (*tabula rasa*) and neither purported to be the successor of the former State. At the other extreme, Serbia and Montenegro claimed they were the continuation of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY). Further discussion of this case will be found in subsection 2.2.1 "The International Court of Justice as a legal avenue and obstacles", below.

on a case by case basis<sup>104</sup>. Several legal questions arise from this principle.

First, the legal continuity of a successor State is of interest in the Armenian Case because Turkey would be liable for obligations under the treaties it had undertaken under its predecessor State. When compared to the Bosnian Genocide, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter "the SFRY") disintegrated into six countries of which four became de facto independent. Thus, Serbia-Montenegro could not assume the continuity of the SFRY because there was no transition with the same legal personality and as such it would have no legal consequences. Consequently, its treaty rights and obligations became extinct, though in the Request for Revisions Case<sup>105</sup>, it became clear that even with a clean slate, certain treaties cannot be derogated from on the basis of customary international law. Those treaties concerning peremptory norms are such an exception to derogation. In such a case, the ICJ may also refer to the ECtHR judgment in the *Loizidou* case<sup>106</sup> with regards to jurisdiction *ratione temporis*, that is, an obligation to hear the case regardless of whether or not a State is party to a treaty or convention<sup>107</sup> at the time of the legal violation.

---

104. See generally "The Bosnian Genocide", prec., note 81.

105. Application for Revision of the Judgment of 11<sup>th</sup> July 1996 in the Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*), Preliminary Objections; *Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*, [2001] I.C.J. Rep. (hereinafter 'the Application'). Much like the FRY (Serbia and Montenegro) attempted to exempt itself from treaty obligations, given Turkey's consistent denial, the country is perhaps expected as a last resort to absolve itself of liability.

106. Further discussion of this case will be found in subsection 2.2.2 "The European Court of Human Rights as a legal basis for individual or collective compensation and potential obstacles", below.

107. See e.g. in the case of the ICJ, Statute of the International Court of Justice, prec., note 100, art.35(1), (2).

In contrast, continuity from the Ottoman Empire to Turkey depends on the original territorial nucleus<sup>108</sup>, in this case, Anatolia. The Turks constituted the main power of the Empire in which other States were incorporated through military conquests and formed government through proxies. As such, they were :

the government and the power in the country, and the rule of the Sultan and his followers, as much as the rule of the Young Turks during the First World War, was basically Turkish rule. Many of the Young Turkish leaders later took part in the nationalist movement and became the founders of the Republic. The entire Turkish population was incorporated into the Turkish Republic, in accordance with the Turkish National Pact. It is therefore easy to see the matter of fact identity of the personality of the Turkish Republic with the personality of the Ottoman Empire<sup>109</sup>.

Thus, State continuity from the Ottoman Empire to the Turkish republic is legally straightforward. The principle provides that there are implications for establishing its legal personality *inter alia* to treaties. An appropriate example is Russia's continuity of the Union of Socialist Soviet Republic (hereinafter "the U.S.S.R.") with the ex-post facto rights and obligations that followed from treaties, such as its place in the United Nations and its respective treaties and resolutions. Therefore, it is important to confirm the continuity of the succeeding State of Turkey from the Ottoman Empire. In effect, the party which perpetrated the Genocide is the same ruling regime which founded modern-day Turkey on nationalist values, though its main proponent Kemal Ataturk, a former member of the Ittihad, was one of the few figures who condemned the criminal actions of his party. Furthermore, the Treaty of Lausanne, which aimed to resolve the new borders of the Empire after colonial powers took over the Middle Eastern countries,

---

108. See e.g. Rein MULLERSON, *International Law, Rights and Politics : Development in the Eastern Europe and the CIS*, London, Routledge, 1994.

109. Shavarsh TORIGUIAN, *The Armenian Question and International law*, 2<sup>nd</sup> ed, California, University of La Verne Press, 1988, p. 111; See also K. BAGHDJIAN, *prec.*, note 88, p. 121.

was signed between Turkey and the Allied powers<sup>110</sup>. A consensus of Turkey as the successor of the Ottoman Empire has thus been largely established and very difficult to refute.

The second procedural obstacle is that Turkey may object because this case does not produce actual legal consequences and thus no State including Armenia has any sufficient interest to seek the ICJ's competence on the matter<sup>111</sup>. Our main argument is that the crime of genocide is a *jus cogens* violation and gives *erga omnes* rights to any State to bring the perpetrating State to justice<sup>112</sup>. In effect, the declarative nature of genocide is laid out in article I of the Genocide Convention (i.e. "The contracting parties confirm that genocide...is a crime under international law")<sup>113</sup>. Consequently, as a crime of world public order which had legal consequences at the time, we could argue for the retroactivity of the Convention. The second defending argument is that many Armenian survivors in Anatolia migrated to the Republic of Armenia before it fell into Soviet rule in 1922, and thus the Republic of Ar-

---

110. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 110.

111. *Id.*; See also *Cameroon v. United Kingdom*, [1963] ICJ Rep., par. 34 : "The function of the Court is to state the law, but it may pronounce judgment only in connection with concrete cases where there exists at the time of the adjudication an actual controversy involving a conflict of legal interests between the parties. The Court's judgment must have some practical consequence in the sense that it can affect existing legal rights or obligations of the parties, thus removing uncertainty from their legal relations. No judgment on the merits in this case could satisfy these essentials of the judicial function."

112. *Case Concerning the Barcelona Traction : Belgium v. Spain*, [1962] ICJ Rep., par. 33-34; "[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*...[S]uch obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination..."

113. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *prec.* note 12, art. I.



menia representing these people and their descendents has a legitimate right for justice<sup>114</sup>. In practice, an action by Armenia against Turkey is hardly conceivable when the two countries, after having brokered negotiations to reopen their borders in 2009, have started to normalize relations after nearly two decades of tension arising over this and the Nagorno-Karabagh conflict. The negotiation process is currently at a stalemate but relations have nonetheless improved in recent years. We therefore contend that countries that adhere to strict policies and adopt laws against genocide negation, such as the governments of Uruguay, Argentina and Switzerland<sup>115</sup>, all of which have active Armenian communities, are more likely to bring forward a case against Turkey. In legal terms, the injury of the Armenians is continuous, specifically from the Ottoman Empire's denial and indifference of Armenian identity (i.e. religion and culture) and historical injustices to present day Turkey's similar attitude. The negation of the historical reality and the existence of 1.5 million Armenians of Anatolia is essentially another way of perpetuating the genocide. Negationism entails a denial of the right to one's identity and the right to one's history<sup>116</sup>. Thus, as a secondary argument, those sovereign States which sheltered many of the Armenian diaspora of Anatolia have a legal interest, we contend, to bring an action to the Court.

With respect to the principle of State responsibility and the relevant provisions of the Genocide Convention, specifically article IX, the Bosnian Genocide Case brought before the ICJ shows how prudent and analytical the judges are in weighing evidence that attributed responsibility to the Serbian government. The ICJ ar-

---

114. A. DE ZAYAS, *prec.*, note 23, p. 14.

115. *Code Pénal Suisse* (1937-) Art.261(4) C.pén. reads: "Celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité sera puni d'une peine privative de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire".

116. A. DE ZAYAS, *prec.*, note 23, p. 2.

gues that the evidence presented with regards to the level of effective control by the Serbian government in the crimes committed on Bosnian territory is insufficient to hold the former accountable for Genocide. Could this provide a useful analogy to the Armenian Genocide and Turkey's legal responsibility in light of the abundant evidence in Germany, the United States, Turkey, Great Britain, and Austria's archives<sup>117</sup>?

Our theoretical framework is conceivable and tangible in practice. Unfortunately, the procedural obstacles could prevent the ICJ from moving towards written and oral proceedings, which would be disappointing considering the insurmountable evidence to adjudicate on the matter. Even in presenting such evidence to the ICJ, the Bosnian Genocide shows the extreme precaution that the ICJ judges exercise in the attribution of responsibility and the weight the evidence presented bears. As such, in the Bosnian Genocide Case, it was deemed that there was insufficient evidence to hold Serbia liable for genocide. Perhaps an advisory opinion on the adjudication of the retroactive application of genocide pursuant to article IX of the Genocide Convention, an approach which does not have binding effects, could give clarity on the issue before taking larger strides<sup>118</sup>.

Thus far, the Turkish government has gone to great lengths to mask the genocide, providing a positive impression to the ICJ adjudicating on the matter and ordering reparations. Turkey is likely to request a revision on the basis of "new facts"<sup>119</sup>. The basis for the revision would be to present "newer" documents, such as written testimonies of a sample of Turkish survivors who were subject to torture by Armenian rebel groups at the time. The incentive would clearly be to sway the individuals who are firmly convinced that the genocide occurred towards a more sympathetic

---

117. Further discussion on effective control will be found in subsection 2.3.3 "The International Law Commission and the Draft Articles on State responsibility for Internationally Wrongful Acts", below.

118. Préc., note 100, art. 65

119. *Id.*, art. 61; See also 'the Application', prec., note 105. In effect, the Court may revise a decision if the cumulative conditions of art.61 are met.

view and to induce them to reconsider their position. This practice is currently manifesting itself in many ways, such as documentaries, genocide-denying historians, and Turkish government officials' declarations in the United Nations. However, the nature of any fact or set of facts submitted to the ICJ after the final judgment is, we argue, unlikely to influence the ICJ's decision, as it is insufficient to cast a doubt on the Young Turk party's specific criminal intent to exterminate the Armenians of the Ottoman Empire. This tendency is likely to be ongoing until Turkey, through its domestic democratic processes, acknowledges the genocide. Signs of normalizing relations are slowly beginning to emerge, as Turkey has shown goodwill in recent years. For example, Turkey restored a tenth century Armenian church in Akdamar, eastern Turkey, and has tempered the use of article 301 of the Turkish Penal Code<sup>120</sup>, thereby reducing the number of cases brought against those who label what happened to the Armenians as genocide.

### **2.2.2 The European Court of Human Rights as a legal basis for individual or collective compensation and potential obstacles**

The Council of Europe is a regional intergovernmental organization of human rights that counts both Turkey and Armenia as members. The Council adopted the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>121</sup> (hereinafter "the European Convention") and conferred upon its constitutive Court, the European Court of Human Rights (hereinafter "the ECtHR"), the competence to adjudicate on human rights issues in Europe. The objective of the Council is the democratization of European countries. The Council introduced a document regarding recognition of the genocide, thereby committing those who have signed it<sup>122</sup> with the expectation that Turkey will

---

120. See Turkish Penal Code, prec., note 13.

121. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, and Protocols thereto, 213 U.N.T.S. 221, Eur.T.S. 5 [ECHR].

122. COUNCIL OF EUROPE, Ordinary Session, P.A., 2001 Written Declaration No.320, Doc.9056. "Recognition of the Armenian Genocide".

eventually be persuaded to come to terms with its past if it wants to pursue its aspirations of joining the European Union, as well as gain the respect of the international community<sup>123</sup>.

The ECtHR and the European Convention which is at the heart of the Council of Europe reflect the same views of democracy and the respect for human rights<sup>124</sup>, particularly in this case, for the seized properties of the Armenian people. As such, pertinent provisions of the European Convention are sufficient for an individual or a State that is party to the European Convention to invoke State responsibility for past human rights violations against Turkey. At the outset, as a procedural requisite, one must ensure that all recourses have been exhausted in a Turkish tribunal before appealing to the ECtHR.

Due to the total absence of cases for the Armenian Genocide, the ECtHR could draw arguments from other supranational courts where it is encouraged to foment dialogue between the courts' judges. Indeed, "even functionally specialized tribunals remain part of an integrated and interconnected system and have recourse to the same basic sources of international law"<sup>125</sup>. For example, it could borrow arguments made by the ICJ in order to determine the appropriate remedies resulting from an international wrongful act in light of decisions such as the *Factory at Chorzow Case*<sup>126</sup>, the *Gabcikovo-Nagymaros Project*<sup>127</sup>, and the *Bosnian Genocide*.

Professor Bassiouni reiterates a basic principle of succession on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights in one independent report : "In international law, the doctrine of legal continuity and

---

123. See J.B. RACINE, prec., note 11, p. 78-79.

124. *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, prec., note 121, preamble, art.1.

125. William W. BURKE WHITE, "International Legal Pluralism" (2004) 25 Mich. J. Int'l L. 971.

126. *Chorzow Factory Case; Germany v. Poland*, (1928) P.C.I.J. ser A. No.17.

127. *Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project; Hungary v. Slovakia*, [1997] ICJ Rep.

principles of State responsibility make a successor Government liable in respect of claims arising from a former government's violations"<sup>128</sup>. In the Armenian Genocide, this principle applies because obligations flowing from treaties follow the succeeding State with the same legal personality and does not allow for a clean slate – *tabula rasa*. As such, in the scope of the property that was seized by the Ottoman Empire in the lands populated by the Armenians, we could envision individual lawsuits before the ECtHR to restitute by equivalent or to compensate for the confiscated, expropriated or destroyed property.

It is important to briefly mention the historical circumstances that would give a right for an Armenian victim or descendant to bring an action to the Court. The Temporary Law of Confiscation, replaced by another legal text, the Law of Reappropriation of Abandoned Property in May 1927<sup>129</sup> is problematic for such claims upon the relevant courts of Turkey. In effect, today, Armenian lands in Eastern Anatolia (where the bulk of Armenians lived) are mostly re-populated by Kurds and some Turks. Consequently, if a negative judgment were to be rendered in Turkey, the ECtHR would allow either Armenia or a second/third generation survivor having evidence of his ascendant's residence on Turkish soil to file a suit against Turkey and ask for compensation.

Legally speaking, the law of re-appropriation is an infringement on the protection of property pursuant to Protocol I (of article 1) of the European Convention. It is important to reiterate that the Treaty of Lausanne which permitted the spoliation and liquidation of Armenian property<sup>130</sup>, is contrary to *jus cogens*. In

---

128. Commission on Human Rights, Document E/CN.4/1999/65 cited in A. DE ZAYAS, *prec.*, note 23, p. 14.

129. See D. KOUYMJAN, *prec.*, note 34, p. 4. The law of 1927 authorized the re-appropriation of "abandoned property" from those who "remained abroad" after the War until the adoption of the law in May 1927. Such incredulous laws show their irrational and illegal nature. Appeals by the Central Committee for Armenian Refugees from 1925 to 1928 were ignored by Turkey and the League of Nations.

130. Varoujan ATTARIAN, *Le Génocide des Arméniens devant l'ONU*, Bruxelles, Éditions Complexes, 1997, p. 43.

effect, the protection of one's property is an intrinsic human right (*erga omnes*, therefore a universal right common to all) and thus its arbitrary confiscation is enforceable against anybody infringing that right and is not subject to any prescription<sup>131</sup>.

---

131. See Kevork BAGHDJIAN, *Le problème Arménien : Du négationisme turc à l'activisme Arménien*, 1<sup>ère</sup> éd., Montréal, 1985, p. 176 : « ...trois conditions essentielles de la *prescription acquisitive* sont unanimement admises par les spécialistes :

a) la possession doit être *nec clam et nec precario* c'est-à-dire *non clandestine et non-accomplie pour le compte d'autrui*;

b) la possession doit être *nec vi* en ce sens qu'elle *ne doit pas être accompagnée de violence*;

c) la possession doit être *ininterrompue et non-contestée*.

La confiscation des biens arméniens s'est faite arbitrairement et unilatéralement par le Gouvernement turc qui *a redistribué ces biens aux ressortissants turcs de son choix*, donc la confiscation a été faite pour le compte d'autrui. Première infraction à retenir. La deuxième est que cette confiscation a été *accompagnée de violence* et la troisième réside dans le fait *qu'elle a été contestée depuis que le forfait a été commis*. Il appert donc clairement que les trois conditions essentielles requises pour une prescription légale ne sont pas remplies dans le cas de la confiscation des biens arméniens et de ce fait cette *confiscation est entachée d'illégalité*.

Cette confiscation comporte aussi *d'autres illégalités* et d'autres irrégularités comme, par exemple, la condition *sine qua non de dédommagement prescrite dans toutes les législations, en général, dans la Constitution de la République turque aussi (Art.74), même si cette confiscation était jugée d'intérêt public*. Mais pour revenir aux auteurs qui s'abritent derrière la théorie de la durée - non encore définitivement arrêtée - pour conclure à la prescription, nous devons signaler que le seul fait de la durée ne suffit pas à entraîner la prescription. La Juridiction arbitrale dans la sentence rendue le 15 juin 1911 entre les États-Unis et le Mexique (Chamizal Arbitration), a recherché si la possession invoquée par les premiers était « non troublée, paisible et ininterrompue. Elle constata, en particulier, que la possession n'était pas paisible et donc l'une des caractéristiques de base faisait défaut. Alors, elle prononça sa sentence en faveur du Mexique. [emphasis added]»; See also K. BAGHDJIAN, *prec. note* 88, p. 123. The acquisition of property through illegal means has a firm basis in customary international law. Prescription can only expire if there is no interruption in possession but Armenians have constantly addressed the violations that stemmed from the ill-motivated Law of Confiscation.

Indeed, there are cases brought to the ECtHR with regards to private property claims. One such case is *Loizidou v. Turkey*<sup>132</sup> where the plaintiff from Turkish-occupied northern Cyprus sued Turkey and successfully claimed damages for having been expelled of her land during the Cyprus invasion of 1974. Because the injury is continuous to date, she obtained the restitution of her land and the compensation for loss of profits from developing that land as damages awarded for her claim.

In another decision, *Cyprus v. Turkey*<sup>133</sup>, the ECtHR indicates the "continuing effects" of the injury suffered by displaced Greek Cypriots in Northern Cyprus (driven out by Turkish military forces) with property claims, and orders the restitution to its rightful people. Moreover, the criterion of "effective control" of Turkey in Northern Cyprus is consistent with other judgments<sup>134</sup>, thus this criteria is certainly met in the Armenian Genocide Case in attributing the responsibility of the wrongful act on the State. The responsibility of Turkey has been established in *Cyprus v. Turkey* and the ensuing remedies are still pending. Equally, Armenia has the sufficient interest to bring a similar action to the Court.

A secondary scenario which is currently in its first stages of development is reparations in front of the civil courts, Turkish and non-Turkish alike, on the basis of class actions<sup>135</sup>. In theory, such cases are on the more unrealistic side with the three main ob-

---

132. *Loizidou v. Turkey*, (1996), no.15318/89, E.C.H.R. 23 E.H.R.R. 513.

133. *Cyprus v. Turkey*, no.25781/94, [2001] IV E.C.H.R. 1, 35 E.H.R.R. 731.

134. See e.g. "The Bosnian Genocide", prec., note 81; See also Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua; *Nicaragua v. the United States of America*, Judgment on the Merits, [1984] I.C.J. Rep.

135. Rob QUINN, "Armenian-Americans sue Turkey Over Century-Old Slaughter", (2010) Newser, online : <<http://www.newser.com/story/96841/armenian-americans-sue-turkey-over-century-old-slaughter.html>> (31 July 2011). For the first time, two Armenian-Americans have brought an action in a California Federal Court against the Turkish government and two Turkish banks asking compensation for property seized during the Genocide.

stacles: time, money and expected inconsistent judgments. For example, there are very few victims or descendants of survivors today with property acts as evidence. How do the rest prove their property rights in their ancestral homes? Perhaps the studies by many sociologists and historians<sup>136</sup> who have estimated the values of Armenian property of Anatolia (private or cultural) are convincing enough for a judge to adjudicate, although their credibility and neutrality should be underscored if such experts are of Armenian descent. This approach has not yet been fully developed and needs further studies but thus far seems to offer a viable solution.

As per some authors, there is no legal ground for reparations<sup>137</sup>. They submit that the material compensations are more of a moral responsibility because in such a case one cannot compensate, restitute or provide any other kind of reparation in an equivalent amount, and thus one is unable to satisfy the principle of *restitutio in integrum* or restoration status quo ante. In turn, this moral responsibility could be seen as an obstacle to bind Turkey of its moral obligations. However, state practice may still suggest a binding legal obligation for Turkey to make restitutions. For example, the compensation of the German Federal Republic for wrongs committed by the Third Reich, the Soviet restitution of Armenian cultural property after the dismantlement of the U.S.S.R., the responsibility of France to repair the wrongful actions committed by the Vichy Government during the German occupation and of Norway to grant restitution for confiscations and other injuries perpetrated on Jewish people during the Quisling regime<sup>138</sup>, all constitute State practice. With respect to this principle of customary international law, in the Nicaragua Case, the ICJ noted that it is not necessary to have a uniform general practice to establish a rule of customary international law<sup>139</sup>. Indeed,

---

136. See K. BAGHDJIAN and D. KOUYUMJIAN in general for assessments.

137. See e.g., Taner AKCAM, J.B. RACINE.

138. A. DE ZAYAS, *prec.*, note 23, p. 19-20.

139. "The Nicaragua Case", *prec.*, note 134, par. 188 : "...The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with



in light of recent cases which are as of yet pending for the adjudication of individual and State responsibility and determination of damages, such as the Rwandan Genocide, it is too soon to establish a customary international rule on what constitutes just reparations<sup>140</sup> for such crimes.

However, if the judgments rendered against Turkey by the ECtHR on property rights infringements during the Cyprus invasion is subject to reparations, what prevents similar facts, such as the Armenian Case (i.e. with respect to confiscation and expropriation of property) to also be subject to reparations? The Nuremburg ideal and the ensuing damages paid to the State of Israel provides a beacon of hope for the surviving victims of a genocidal campaign. Perhaps the expected positive outcomes of the designated international tribunals such as Cambodia, Rwanda and Sierra Leone, among others, will empower Armenia or Armenian individuals to bring the case of property rights violations to the ECtHR.

### **2.2.3 The International Criminal Court and potential application of the Rome Statute**

The Genocide Convention has paved the way for other legal institutions, namely international criminal tribunals, to transpose similar if not the exact same provisions of the crime. The Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter "the Rome Statute")<sup>141</sup> has transposed article II of the Genocide Convention in article 6 of its text. The Rome Statute's aim is to prosecute crimi-

---

such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule."

140. *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, prec., note 121, art.50.

141. *Rome Statute of the International Criminal Court*, prec., note 18.

nals accused of committing the gravest crimes<sup>142</sup>. In the case of the Armenian Genocide, because all of the perpetrators are since deceased, the Rome Statute is impossible as a legal avenue, and one might say even an impasse, in the use of most of its provisions against Turkey. However, in our theoretical framework on the retroactivity of *jus cogens*, we assessed that pursuant to article 53 of the Vienna Convention, it was possible to derogate from treaties contrary to peremptory norms. Based on this assumption, perhaps we can leave the door slightly open to derogate from article 11<sup>143</sup> of the Rome Statute. An obstacle to this, however, would be that the object and purpose of the Treaty is solely to try criminals<sup>144</sup>. But can we envision the use of the principle of State responsibility in the framework of the ICC? In order to do so, we must find continuity in the criminal activities of the State from Ottoman Turkey to the Turkish Republic. To extend the crime, in the case of the Armenian Genocide, a strategically positioned nation-state has been using politics to consistently lobby to deny that the events of 1915 took place. Furthermore, de Zayas contends that another form of continuing the genocide is by rehabilitating the murderers. In effect, in March 1943, the mortal remains of the principal leader of the genocide, Talât Pasha, were ceremonially repatriated from Germany to Turkey, where he was re-interred on the Hill of Liberty in Istanbul. There have since then been at least two streets named after him<sup>145</sup>. The Rome Statute provides certain provisions for reparations on the condition that Turkey accepts liability and the Court's jurisdiction<sup>146</sup>.

Articles 75 and 79 discuss possible reparations in the form of a trust fund for victims and their families, and other forms of

---

142. *Id.*, preamble, art. 5.

143. *Id.*, art. 11 (Jurisdiction *ratione temporis*) reads : "The court has jurisdiction for crimes committed after the entry into force of this Statute".

144. J. SHAMSEY, *prec.*, note 1, p. 337 : "[T]he practicality of bringing a case of the Young Turks before the ICC would be more problematic. No matter how helpful a decision on such controversy might be, the Rome Statute of the ICC certainly did not intend to bring charges *post mortem* or *ex post facto*".

145. A. DE ZAYAS, *prec.*, note 23, p. 19.

146. *Rome Statute of the International Criminal Court*, *prec.*, note 18, art. 12(3).

restitution after finding a guilty verdict against the State. This latter scenario, in the case of the Armenian Genocide, is hardly conceivable because the Rome Statute is designed to make criminal proceedings in the absence of the State to implement such proceedings arising from its legal system. The thought of Turkey holding its predecessor liable is inconceivable, especially as we have seen, when international political pressure is absent. Nevertheless, the provisions on reparations could be influential for damages caused to the Armenian people or to the Republic of Armenia.

### **2.3 International political or non-judicial institutions**

The League of Nations, as a universal arena of political will, failed in pressuring the Turkish government to desist its wrongful acts of constant denial and infringing property rights of the country's inhabitants. After the Second World War, the League of Nations' counterpart, the United Nations, has overhauled its predecessor's institutions. The United Nations' contributions to the development of international law over the past fifty years have been positive, particularly with respect to the notion of genocide. The General Assembly resolutions, such as the Genocide Convention or those of the Security Council in establishing international criminal tribunals are binding on States (article 41 of the UN Charter) because they are not only resolutions, but treaties as well. In addition, the contributions of the International Law Commission are codified and applied in international courts. Are these international political organs capable of putting pressure on Turkey today?

#### **2.3.1 The United Nations' position on the Armenian case in the brief on the Prevention and Repression against the Crime of Genocide and Turkey's response**

Thus far, there is no formal recognition of the Armenian Genocide by any of the United Nations' organs. However, this question was brought up in the scope of a study on the Genocide Convention as a sign of hope for the victim. Indeed, contemporary practice shows that the "United Nations has seized a mandate to

intervene to uphold human rights when they are violated within a sovereign state"<sup>147</sup>.

The study of the Genocide Convention, at the end of the 1960s, was conferred to the Sub-Commission on the fight against discriminatory measures and the protection of minorities<sup>148</sup> (a Section of the Commission of Human Rights, which in itself was placed under the aegis of the Economic and Social Council of the United Nations).

In paragraph 30 of the preliminary report on the Genocide Convention, Nicomède Ruhashyankiko, special rapporteur in the 1970s, mentioned the Armenian Genocide as the first genocide of the twentieth century. In turn, this galvanized Turkey into challenging the draft of the brief<sup>149</sup>. In order to get its views across, the Turkish government exerted many diplomatic pressures in order to elevate their allegations above those made by Armenians. In effect, their approach in the international community was to always instill doubt on the genocide. This technique was effective, as many countries, especially influential ones such as the United States, France and the U.S.S.R. supported Turkey's position. Finally, the Turkish argument triumphed and in 1978, the Armenian community's efforts to have paragraph 30 re-inserted in the final version of the report did not convince the special rapporteur<sup>150</sup>. Thus, the argument invoked by the Turkish camp successfully pushed the idea that there were two versions of history<sup>151</sup>. In effect, the campaign of denial was deemed successful within the international community.

---

147. Stephen J. TOOPES, "Does International Law Impose a Duty upon the United Nations to Prevent Genocide?" (2001) 46 McGill L. J. 187.

148. Now called Sub-Commission on the protection and promotion of Human Rights.

149. V. ATTARIAN, *prec.*, note 130, p. 59.

150. *Id.*, p. 66.

151. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 69.

Since then, regular dialogue between Turkey and the Armenian community<sup>152</sup> have occurred over the genocide. In 1982, a new brief came into fruition regarding the Genocide Convention with the purpose of updating the previous study and also validating the Armenian Genocide. A new special rapporteur, Benjamin Whitaker, submitted a new report on the genocide. The Whitaker report was a study on genocide as a phenomenon in an attempt to improve the system anticipated by the Genocide Convention<sup>153</sup>.

In the following years, other attempts of international recognition resurfaced but political influence transcended legal obligations. In the debates following the finalized report on the Genocide Convention, Whitaker indicated that he used irrefutable sources that demonstrate the nature of the massacres and the intention of eliminating the Armenians<sup>154</sup>. He cites official Turkish sources from the First World War era, as well as documents emanating from German and Austrian officials. He concludes with an implicit critique of historians or other experts who fabricate history because of governmental pressure. He synthesizes his reflections on the experts with the following statement : « Pour pouvoir clore ce chapitre de l'histoire, comme tout le monde le souhaite, il faut le clore dans l'honneur. Si les experts n'ont pas le courage de dire la vérité, alors il ne sert à rien de participer aux travaux de la Sous-Commission. Celle-ci a le devoir de protéger non pas les gouvernements, mais les victimes »<sup>155</sup>.

Thus far, the Whitaker report is the most significant element of the Armenian Genocide within the United Nations because it leads us to conclude that the genocide is implicitly recognized. Indeed, as Whitaker indicated, the failures within the UN Human Rights Commission are largely attributable to a failure of political will on the part of Member States<sup>156</sup>. The debates following the

---

152. Subsequently the Republic of Armenia after the dismantling of the Soviet Union in 1991.

153. J.B. RACINE, *prec.*, note 11, p. 71.

154. V. ATTARIAN, *prec.*, note 130, p. 100.

155. See Doc.E/CN.4/Sub.2/1985/SR.12, 17-22 quoted in *Id.*

156. See S.J. TOOPE, *prec.*, note 147, p. 188.

Whitaker report should be a 'stepping stone' for a modern version that conforms to the challenges of the 21<sup>st</sup> century. First, the use of the word "genocide", where appropriate in the revised report, should not be questioned, but notions such as "ethnic cleansing" and "cultural genocide" should be further elaborated upon and ultimately codified by the International Law Commission (paragraph 344 in the Bosnian Genocide Case), especially delineating the former in cases in which it qualifies as genocide<sup>157</sup>.

### **2.3.2 The binding effect of General Assembly resolutions**

The General Assembly of the United Nations (a body of over 190 States) is the most representative forum for the expression of the will of the international community. In fact, "any resolution that it passes with near unanimity, on any subject with clear intent, content, and concrete focus on rights and obligations of States, or by way of clarification or elaboration of the various provisions of the Charter, could be a source of lawful and binding obligations for States"<sup>158</sup>. The fact that resolutions of the General Assembly are only recommendatory in nature does not negate this proposition because such resolutions can influence the crystallization of customary law<sup>159</sup>. Indeed, General Assembly resolutions have found more pragmatic ways in expounding on genocide with the aim of clarifying pre-existing customary international law. For example, in the context of the armed conflict in the former Yugoslavia, the General Assembly found that the Serbian policy of "ethnic cleansing" constituted "a form of genocide" in its Resolution No. 47/121 of 18 December 1992. This resolution was confirmed in GA Resolutions 48/143, 49/205, 50/192, 51/115, etc.<sup>160</sup> and subsequently reiterated in the ICJ's judgment in the Bosnian Genocide Case<sup>161</sup>.

---

157. See "The Bosnian Genocide", prec., note 81, par. 190.

158. P.S. RAO, prec., note 15, p. 940.

159. *Id.*

160. A. DE ZAYAS, prec., note 23, p. 20.

161. See "The Bosnian Genocide", prec., note 81, par. 190.

Furthermore, in addressing the problem of liability for prior offenses, the General Assembly passed a resolution redefining the criminal liability of the offenders, whether individuals or representatives of State organs in the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity<sup>162</sup>, adopted by resolution 2391 XXIII. Article 1(b) includes the crime of genocide, "even if it does not constitute a violation in the domestic law of the country in which [it was] committed"<sup>163</sup>. The effects of such a resolution, although perhaps legally non-binding, are influential at the very least<sup>164</sup>.

It thereby follows that the concept of "genocide" as currently interpreted by the United Nations General Assembly and the ICJ is clearly applicable in the context of the Armenian Genocide of 1915-23. Moreover, in theory, a General Assembly resolution on the recognition of the Armenian Genocide and the responsibility of Turkey in light of the Resolution on the Non-Applicability of Statutory Limitations would be regarded, at minimum, as influential to any competent court called upon to adjudicate on the matter, especially the ICJ. So far, no United Nations body has initiated a resolution on the recognition of the Armenian Genocide, perhaps for calculated reasons. It would require a simple majority to pass, and so far, twenty-one countries have officially recognized it. As an alternative recourse, any country with a strong Armenian diaspora having the required legal interest may wish to submit the issue to a third party dispute settlement headed by the UN Secretary-

---

162. *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, 26 November 1968, 754 U.N.T.S., 73, art. 2 [hereinafter "the Non-Applicability of Statutory Limitations"].

163. V.N. DADRIAN, prec., note 4, p. 423.

164. See e.g. the Nicaragua Case, prec., note 134, par. 188; See also *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*, [1996], Advisory Opinion, I.C.J. Rep., par.70 : In these two decisions, "...the Court notes that GA resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an opinio juris. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption. It is also necessary to see whether opinio juris exists as to its normative character....".

General. Such ad hoc tribunals are viewed as a last resort as the ICJ has competence on such international cases. The parties to the dispute must expressly form an Agreement that obliges them to be bound by the rules of procedure they set forth and the decision of the arbitrator(s)<sup>165</sup>.

### **2.3.3 The International Law Commission and the Draft Articles on State responsibility for Internationally Wrongful Acts**

The International Law Commission (hereinafter "the ILC"), adopted by General Assembly resolution<sup>166</sup> has been instrumental in codifying customary international law especially in the past few years when it adopted the Draft Articles on the Laws of State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (hereinafter "the Draft Articles") which have successfully clarified the law of State responsibility.

The weight given to the International Law Commission's commentaries on the Draft Articles is significant and theoretically narrows the international courts' discretion in assessing State responsibility. Given the limited objective of this paper, we will analyze the State responsibility of Turkey on the three legal bases we have thus far focused on : attribution of the wrongful act on the State (or State responsibility), State continuity and reparations. In effect, the commentaries of the International Law Commission paint a rather clear picture on the present relevance of the Armenian Genocide. In fact, the "wrongful act" of committing the geno-

---

165. See e.g. *New Zealand v. France*, (1987), 26 I.L.M. 1346 (International Arbitration Reports). In this case, among other things, comparisons are made between individual responsibility and State Responsibility for acts committed by their agents as well as the reparations which derive from them.

166. *Statute of the International Law Commission*, November 21 1947, G.A. Res. 174(II), U.N. Doc. A/519.



cide fuelled by past and present day denial of the Turkish government has a causal nexus with the injury<sup>167</sup>.

First, one must set out under international law that the acts perpetrated by individuals are those who are acting on the instruction of, or under the direction or control of, the State in carrying out the act<sup>168</sup>. These criteria have been used by international courts<sup>169</sup> as well as political organs to justify the use of force<sup>170</sup>. When we look at the Nicaragua Case or the Bosnian Genocide Case, the threshold of control should direct responsibility to the accused State organs. Both cases fail to prove any level of control from the accused State. For our purposes, as already stressed, there are no ambiguities in the evidence of the Ottoman government's "instructions" or "control" over the acts of the *tesklati mahsusa* units in the case of the Armenian Genocide.

Second, the ILC has indicated in its commentaries that in the context of State responsibility, it is unclear whether a new State acquires any State responsibility from the predecessor State. However, it clarifies that if the successor State "faced with a continuing wrongful act on its territory, endorses and continues that situation, the inference may readily be drawn that it has assumed responsibility for it"<sup>171</sup>. To set the context for the genocide, the ILC defines wrongful act as "one or more actions or omissions or a combination of both". Indeed, one can argue the omission of recognition or act of denial perpetuates the injury caused to the Armenian people. Denial, we can say, has been comprised of a series

---

167. See Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, prec., note 75, art. 4, art. 31.

168. *Id.* art. 8.

169. See *Cyprus v. Turkey*, prec., note 133.

170. Use of force in Afghanistan was legally justified as there was enough proof that the Taliban government harbored Osama Bin-Laden and al-Qaeda, in other words the criteria of "effective control" as read in Article 8 gave legitimacy to self-defense intervention.

171. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, prec., note 75, p. 23.

of omissions of truth and justice throughout the years, through which the injury<sup>172</sup> to the Armenian community is perpetuated.

Finally, both the ICJ and the ECtHR have adjudicated on crimes against humanity and property rights infringements for which damages ensue, specified by the ILC as reparations for moral and material damages<sup>173</sup>. Once the causal nexus between the wrongful act and the injury is established, this gives rise to various forms of reparations : restitution, compensation or satisfaction<sup>174</sup>. In the case of the Armenian Genocide, satisfaction seems to be the top priority for the Armenian people in the form of a formal apology. However, whether or not further reparations could be envisioned is also relevant. Turkey's moral responsibility in the crime could set an effective precedent in achieving the objective of deterring such crimes. Compensation only seems just in light of the injury caused, but this is secondary. As such, a formal recognition with further straitjacket conditions would thereby allow Armenians and Turks to reconcile in due course and move towards better neighborly political and economic relations.

The remaining viable avenue lies in the will of nations through the political organs of the United Nations. Although the General Assembly or the International Law Commission do not exercise the legal powers to hold Turkey liable in light of State responsibility, the laws or resolutions passed by these political organs have been viewed as influential on the decisions of the ICJ. Alternatively, other political avenues such as delegation of international cases to ad hoc arbitration tribunals for establishing State responsibility and reparations are also viable solutions.

## Conclusion

Past *jus cogens* violations were expressed by the victors of the First World War and confirmed on many occasions by Turkish

---

172. *Id.*, p. 62. Injury includes material and moral damage caused by an internationally wrongful act.

173. *Id.*, art. 31.

174. *Id.*, art. 34.

officials. In the Turkish Courts-martial, the intent of massacring the Armenian population of Anatolia and the confiscation and expropriation of their lands was particularly evident. Subsequent reparations under the principle of State responsibility for such acts were also envisioned by the Hague Convention and the Treaty of Sèvres. Today, the arguments of international courts and the commentaries or resolutions of international political organs on the principles of State continuity, State responsibility (or attribution of internationally wrongful acts by individuals on the State) and the non-applicability of statutory limitations on such crimes are all sufficiently substantial to hold Turkey responsible in front of international courts. In particular, depriving Armenians of their history is not only morally condemnable but also perhaps even illegal, as we have seen. It is through illegal means, that of denial, that the crimes occurred and persisted. Specifically, it is through this continuous spectrum of negationist policy, consolidated now by law (article 301 of the Turkish Penal Code) that Armenia could hold Turkey responsible today in front of international courts, as it is the main element which perpetuates the injury caused to the Armenian survivors and their descendents. In practice, these courts have thus far been shunned by Armenia or the Armenian community in hopes of resolving the matter through diplomacy.

Akcam contends that the Armenian Genocide is the last remaining taboo in Turkey<sup>175</sup> and that this taboo will eventually be lifted out in the process of negotiations with the European Union. Until then, the ties between Turkey and Armenia are precarious. Turkey currently holds an economic and political blockade against Armenia for the latter's territorial occupation of Nagorno-Karabagh, arbitrarily ceded by Stalin to Turkey's eastern brethren, Azerbaijan. It appears that the pressure of recognizing the genocide through international legal or political avenues could only

---

175. See, for discussion on the taboos on which the Turkish Republic is founded, Taner AKCAM, *From Empire to Republic : Turkish Nationalism and the Armenian Genocide*, New York, Zed Books, 2004. The taboos that were gradually eliminated were the "nonexistence" of social classes and of Kurds (formerly perceived as "mountain Turks") in Turkey. The Armenian Genocide is the last remaining one.

further exacerbate diplomatic relations. The policy of recognition remains a priority on Armenia's political agenda. The country's relationship with Turkey, although incrementally progressing, is currently at an impasse and will so remain until there is strong pressure from the international community.

The sum of countries' governments in recognizing the genocide is seen as a stepping stone for pressuring Turkey to come to terms with its past, especially with its current aspirations of European Union membership. Yet, as the world's superpower, the United States is the only country that can set an impetus for more countries, beyond the current twenty-one, to join in recognizing the genocide. Turkey's strategic position as a crossroads between east and west, as well as its membership in the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) as its second largest army, make it difficult today for the United States to put pressure on recognition. As such, there are vital interests at stake, particularly that of the Incirlik Air Base, which is used for refuelling tankers, the rotating of American troops for various purposes in the Middle East, etc. As a presidential candidate in 2008, Barack Obama committed to recognize the genocide and as the incumbent president, he has since reneged and is currently being pressured by lawmakers in the U.S. Senate to formally declare the events of 1915 as "genocide", even in the face of potential harmful aftermath by the Turkish government. Thus far, a perpetual sense of foreboding on the part of the superpower's leaders averts such a bold declaration. Instead, it has been acting as a mediating agent between Turkey and Armenia in assisting with conducive dialogue for negotiations of peace and a new beginning to international relations.

However, there is no just solution other than the international recognition of the genocide and the end to impunity and denial. Yet, the nature of realpolitik seems to override international legal obligations in establishing Turkey's responsibility.

The only short-term alternative in moving forward with the Armenian Genocide is fomenting dialogue between Turkey and Armenia and an affirmation of international political will. Certain

setbacks such as the murder of Hrant Dink, editor-in-chief of Armenian newspaper in Istanbul, Agos, and the continual lack of freedom to speak openly about this issue in Turkey seem to inhibit any productive dialogue. The domino effect of denial channeling the way for impunity for crimes affecting mankind will only persist unless the international community, through steadfast commitment, uses its legal or political powers to bring those committing these atrocious crimes to justice.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** SOCIETATES PUBLICANORUM : EXISTAIT-IL UNE BOURSE OU  
UN RÉSEAU DE COURTIERS SOUS LA RÉPUBLIQUE ROMAINE?

**Auteur(s) :** Geneviève DUFOUR

**Revue :** RDUS, 2011, volume 41, numéro 2

**Pages :** 307-380

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10303>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10303>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## **SOCIETATES PUBLICANORUM : EXISTAIT-IL UNE BOURSE OU UN RÉSEAU DE COURTIERS SOUS LA RÉPUBLIQUE ROMAINE?**

par Geneviève DUFOUR\*

*L'auteur remet en question la notion que les societates publicanorum de la République romaine, qui ont souvent été présentées comme étant un équivalent antique de nos sociétés par actions publiques modernes, avaient un grand nombre d'actionnaires et que leurs actions étaient achetées et vendues par l'intermédiaire d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers. Elle examine les éléments de preuve républicains disponibles, incluant certains textes d'auteurs anciens n'ayant pas été discutés par ses prédécesseurs relativement à cette question, et elle propose également de nouvelles interprétations d'autres textes anciens qui étaient déjà inclus dans la discussion des experts à ce sujet. Elle conclut qu'il n'y a aucun élément de preuve confirmant qu'il existait une Bourse ou un réseau de courtiers sous la République.*

---

*The writer challenges the viewpoint that the societates publicanorum of the Roman Republic, which have frequently been represented as ancient versions of modern-day public corporations, were owned by a great number of shareholders whose shares were traded on a stock exchange or through a network of brokers. She studies the available republican evidence, including certain ancient texts which had not been examined in connection with this issue by previous writers, and she also proposes new interpretations of other ancient texts which were already included in the scholarly discussion on this topic. The writer concludes that there is no evidence which confirms the existence of a stock exchange or a network of brokers under the Republic.*

---

\* . Professeure en droit des affaires à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Québec, Canada et détentrice d'un doctorat intitulé « L'organisation juridique des publicains sous la République romaine » (dédié à St-Joseph patron des travailleurs) (à être publié sous peu par les Éditions Thémis et Schulthess sous le titre « Les *societates publicanorum* de la République romaine : ancêtres des sociétés par actions? »), d'une maîtrise en droit des affaires ainsi que d'un LLB et d'un BCL (droit civil et Common Law). Elle a pratiqué le droit au sein d'un cabinet en droit des affaires internationales pendant huit ans avant d'entreprendre une carrière professorale.

## SOMMAIRE

<b>1.</b>	<b>Introduction .....</b>	<b>309</b>
1.1	III <sup>e</sup> siècle av. J.-C. : la Basilica de Plaute .....	323
1.2	II <sup>e</sup> siècle av. J.-C. : Polybe et les contrats de travaux publics .....	336
1.3	I <sup>er</sup> siècle av. J.-C. : les textes de Cicéron .....	342
1.3.1	Pro Rabirio Posthumus : des <i>partes</i> Transférables.....	342
1.3.2	Contre-interrogatoire de Vatinius : une valeur qui a varié et non un cours variable .....	348
1.3.3	La « multitude » de <i>socii</i> des Verrines : celle de plusieurs sociétés et non d'une seule .....	353
1.3.4	La perception des impôts en Asie : plusieurs sociétés et non une seule .....	359
1.3.5	Le Pro Lege Manilia : un repaire de prêteurs et non une Bourse .....	369
1.3.6	Textes additionnels : Philippiques, Pro Sestio, Lex Agraria, Paradoxa Stoicorum, De Officiis.....	372
<b>2.</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>378</b>

## 1. Introduction

Les *societates publicanorum*, ou sociétés de publicains, ont été présentées par certains auteurs comme des équivalents des grandes sociétés par actions<sup>1</sup> publiques modernes<sup>2</sup>. Il a même été

1. Une société par actions est un véhicule juridique particulier utilisé pour structurer une entreprise. À cet égard, il est utile de différencier le concept d'entreprise (qui est une activité économique organisée, par exemple, une ligne aérienne, un restaurant, un salon de coiffure, etc...) et le concept de véhicule juridique utilisé pour structurer l'entreprise (qui peut être une société par actions – on dit alors qu'on 'incorpore' l'entreprise – ou une société en commandite, une société en nom collectif, une fiducie d'entreprise, etc...). Une société par actions présente certaines caractéristiques juridiques particulières : c'est une personne morale dotée de la personnalité juridique distincte et elle a une organisation interne à trois paliers, soit les actionnaires, les administrateurs et les dirigeants. Les autres véhicules juridiques susmentionnés peuvent avoir certains éléments en commun avec la société par actions mais ne sont pas des personnes morales; ils ne détiennent pas tous les éléments constitutifs de la personnalité juridique distincte tels qu'énumérés aux articles 300 et suivants du Code civil du Québec, et leur organisation interne comprend deux paliers et non trois; pour plus de détails à ce sujet, voir Geneviève DUFOUR, *Le droit moderne des entreprises*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 (ci-après, « G. DUFOUR, 2008, préc. »), chapitre 2 « L'entreprise » et notamment les p. 15 à 19, ainsi que le chapitre 3, p. 55 et suiv. pour une analyse comparative des différents véhicules juridiques utilisés pour structurer juridiquement l'entreprise (incluant la société par actions, que nous appelions en droit civil québécois 'compagnie' avant la réforme législative de 2011). Pour un traitement plus approfondi de cette question et de ses implications relativement à la question de l'organisation juridique des *societates publicanorum*, voir Geneviève DUFOUR, « Les *societates publicanorum* de la République romaine : des ancêtres de nos sociétés par actions modernes? », (2010) LVII *Revue internationale des droits de l'Antiquité* 145 (ci-après, « G. DUFOUR, 2010, préc. »), notamment p. 163, de même que la thèse de doctorat de l'auteur, intitulée « L'organisation juridique des publicains sous la République romaine », Université de Montréal, 2011.
2. Le qualificatif « publique » est ici utilisé pour désigner des sociétés par actions inscrites à la cote d'une Bourse, dont les actions sont détenues par le public, et non des sociétés par actions dont l'État est le seul actionnaire.

Voir E. BADIAN, *Publican and Sinners : Private Enterprise in the Service of the Roman Republic*, Ithaca, Cornell University Press, 1983 (réédition de

suggéré que sous la République romaine, leurs actions ou *partes* étaient transigées dans une Bourse située dans le Forum romain<sup>3</sup>

---

1972), particulièrement le chapitre IV, « The Public Companies ». Voir aussi les nombreux travaux de Claude NICOLET au sujet des publicains et des *societates publicanorum*: « Polybius VI, 17 (1971) *The Irish Jurist* 163 (ci-après, « C. NICOLET, 1971, préc. »); « P. Terentius Hispo et la société de Bythinie », (1975) *Annuaire de l'École Pratique des Hautes Études, IV<sup>e</sup> section*, 373 (ci-après « C. NICOLET, 1975, préc. »); « Les classes dirigeantes de la Rome républicaine », (1977) 32 *Annales E.S.C.* p. 749 (ci-après, « C. NICOLET, 1977, préc. »); *L'Ordre équestre à l'époque républicaine (312-43 av. J.-C.)*, tome 1, Paris (France), Éditions E.de Boccard, 1966 (ci-après, « C. NICOLET, 1966, préc. »), p. 326 à 355; *L'Ordre équestre à l'époque républicaine (312-43 av. J.-C.)*, tome 2, Paris (France), Éditions E.de Boccard, 1974 (ci-après, « C. NICOLET, 1974, préc. »), qui présente toutes les notices biographiques des publicains individuels connus sous la République; *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, tome 1, Paris, Presses universitaires de France, 1991, 10<sup>e</sup> réédition, à jour en 1977 (ci-après, « C. NICOLET, 1991, préc. »); « Economy and society, 133-45 BC », dans J.A. CROOK, Andrew LINTOTT et Elizabeth RAWSON, *The Cambridge Ancient History, vol.IX: The Last Age of the Roman Republic, 146-43 BC*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1994, p. 599 (ci-après, « C. NICOLET, 1994, préc. »), aux p. 635-637; *Censeurs et publicains : économie et fiscalité dans la Rome antique*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2000, p. 297 (ci-après « C. NICOLET, 2000, préc. »), p. 297 et suiv.; Ulrike MALMENDIER, « Roman Shares » dans W. GOETZMANN et G. ROUWENHORST, Ed., *The Origins of Value : the Financial Innovations that Created Modern Capital Markets*, Oxford University Press, 2005 (celle-ci a également écrit un livre en allemand au sujet duquel nous référons le lecteur polyglotte, mais que nous n'avons pas pu nous-mêmes consulter, voir Ulrike MALMENDIER, *Societas publicanorum, Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Cologne/Vienna, Böhlau Verlag, 2002; voir aussi A.M. Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen, Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, [Forschungen zum römischen Recht, 55], Böhlau, Köln-Weimar-Wien 2010).

3. Sur la question de savoir s'il a existé un équivalent de la Bourse dans le Forum romain sous la République, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 102-104; P.A. BRUNT, « The Equites in the Late Republic », Second international Conference of Economic History, Aix-en-Provence, 1962, vol.1, *Trade and politics in the Ancient World*, 117-49, reproduit dans Robin SEAGER (Dir.), *The Crisis of the Roman Republic*, Cambridge, W. Heffer & Sons Limited, 1969, p. 83 (ci-après, « P.A. BRUNT, 1969, préc. »), p. 119 et 123-124; P.A. BRUNT, « Free Labour and Public Works at Rome », (1980) *The Journal of Roman Studies* 81 (ci-après, « P.A. BRUNT, 1980, préc. »); le même texte a été substantiellement retravaillé et

ou encore, par l'intermédiaire d'un réseau de courtiers<sup>4</sup>. Toynbee<sup>5</sup> et Nicolet<sup>6</sup> ont exprimé un avis contraire, mais il n'en demeure pas

---

reproduit dans le chapitre 3, intitulé « *The Equites in the Late Republic* », de P.A. BRUNT, *The Fall of the Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1988 (ci-après, « P.A. BRUNT, 1988, préc. »), p. 165 (l'expression qu'il utilise, « numerous investors », pourrait s'appliquer à une cinquantaine d'investisseurs tout autant qu'à un millier, donc on ne sait pas s'il croyait vraiment que le capital était largement distribué); A. DAUPHIN-MEUNIER, *Histoire de la banque*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 24 (l'auteur est un juriste mais son manuel est un traité historique et non un ouvrage juridique); Antonin DELOUME, *Les manières d'argent à Rome jusqu'à l'Empire : les grandes compagnies par actions des publicains, les financiers maîtres dans l'État, les millions de Cicéron, les actionnaires, le marché et le jeu sous la République, étude historique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Ernest Thorin, 1892, p. 2, p. 133, p. 103-104, p. 265, p. 281-284; Jacques ELLUL, *Histoire des institutions*, tome 1, Paris, Presses universitaires de France, 1955, p. 376; Tenney FRANK, *An economic history of Rome*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Cooper Square Publishers, Inc., 1962 (réédition de 1927) (ci-après, « T. FRANK, 1927, préc. »), p.194-195 et p.286; Siegfried J. DE LAET, *Portorium : étude sur l'organisation douanière chez les Romains, surtout à l'époque du Haut-Empire*, New York, Arno Press, 1965 (réédition de 1949), p. 104; John R. LOVE, *Antiquity and capitalism : Max Weber and the Sociological Foundations of Roman Civilisation*, Londres, Éditions Routledge., 1991, p.190; U. MALMENDIER, préc. note 2, p. 38; Théodore MOMMSEN, *Histoire romaine*, tome 1, Paris, Éditions Robert Laffont, 1985, réédition de 1854, p. 332; M. ROZTOVTZEFF, *The social and economic history of the Roman Empire*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1957 (réédité de 1926), tome 1, p. 31; G. SALVIOLI, *Le capitalisme dans le monde antique : études sur l'histoire de l'économie romaine, traduit de l'italien par Alfred Bonnet*, Paris, V. Giard et E. Brière éd., 1906, p. 40; Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford (England), Oxford University Press, 1996, p. 468.

4. E. BADIAN, préc., note 2, p. 103. C'est ce que semble impliquer son usage de l'expression « shares traded over-the-counter ».
5. Arnold J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy : The Hannibalic War Effects on Roman Life*, vol II., London (UK), Oxford University Press, 1965, p. 343; voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 45-46, contra.
6. C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 265. Selon lui : « Un tel marché boursier, par définition libre et anonyme, serait en contradiction avec le principe de la non-transmissibilité des créances en droit romain, et avec les diverses interdictions qui, comme on le verra, frappaient l'exercice des *publica*. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que certains associés, à titre privé, pouvaient céder certaines de leurs *partes*, en principe à titre gratuit. Cela reste obscur, mais il ne faut pas commettre l'anachronisme

moins que plusieurs manuels d'histoire de la finance reprennent désormais le point de vue qu'il existait une Bourse dans le Forum romain sous la République<sup>7</sup>. Mais était-ce réellement le cas? Alternativement, existait-il un réseau de courtiers? Les réponses à ces questions sont importantes à la fois du point de vue de l'histoire de la finance, de celle des grandes sociétés par actions publiques modernes et des *societates publicanorum*.

Pour y répondre, il faut d'abord préciser ce qu'on entend par l'expression « Bourse » et par « réseau de courtiers » dans ce contexte.

Commençons par la Bourse. Les historiens ne définissent pas ce terme, ni son équivalent anglais « Exchange », lorsqu'ils l'emploient. Ils l'utilisent d'une manière très générale, soit pour suggérer que la Bourse a eu un ancêtre dans le Forum romain sous la République, soit pour prétendre le contraire.

Il existe plusieurs définitions à ce sujet dans le monde moderne et bien qu'elles comportent des variations (notamment quand il s'agit de définitions spécialisées formulées à des fins spécifiques, telles l'assujettissement à une réglementation précise), elles ont aussi un tronc commun<sup>8</sup>. C'est celui-ci qui constitue le concept de base de la Bourse.

---

d'imaginer les sociétés de publicains à l'image des sociétés capitalistes qui n'apparaîtront que quinze siècles plus tard. ».

7. Voir notamment Giacomo DE ANTONELLIS, *L'histoire des échanges et des transactions de l'Antiquité à nos jours* (traduction de l'italien par François Boyle), Paris, Les Éditions de l'Épargne, 1988, p. 23-24; Paul-Jacques LEHMAN, *L'histoire toujours recommencée des bourses*, Paris, Groupe Express Éditions, 2004, p. 13-14; Loïc BELZE et Philippe SPIESER, *Histoire de la finance*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie Vuibert, 2007, p. 61 et p. 64; B. Mark SMITH, *A History of the Global Stock Market : from Ancient Rome to Silicon Valley*, Chicago, The University of Chicago Press, 2003, p. 9-11.
8. Ruben LEE, *What is an Exchange?: The Automation, Management and Regulation of Financial Markets*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 322 (Annexe 2, comparant une première série de définitions tirées de dictionnaires généraux traditionnels et une deuxième série de définitions tirées de dictionnaires spécialisés en économie et en finance).

D'un point de vue économique et financier, il s'agit tout simplement d'un lieu où on transige des titres (qui peuvent être des actions de sociétés par actions mais aussi d'autres genres de titres comme des parts de sociétés en commandite, des unités de fiducies d'entreprises, etc.). Il n'est donc pas nécessaire d'imaginer une organisation très complexe pour pouvoir parler de la Bourse ou de son équivalent anglais "Exchange". Pris dans ce sens, l'usage du terme « Bourse » par les historiens n'est pas abusif, puisqu'il n'est pas impossible qu'un lieu de rencontre ait existé dans le Forum romain où on se donnait rendez-vous afin de transiger des titres, par exemple les *partes* des *societates publicanorum*.

D'ailleurs, ceci est très bien illustré par les débuts fort modestes qu'ont connu plusieurs de nos Bourses modernes les plus importantes.

À titre d'exemple, la Bourse de Londres a commencé en 1698 dans un petit café, « Jonathan's Coffee House », où les acheteurs et les vendeurs d'actions se réunissaient pour effectuer leurs transactions sur des actions. La liste de prix des actions était affichée sur un tableau<sup>9</sup>.

La Bourse de New York a commencé sous un arbre, qui servait de lieu de rencontre pour les mêmes fins : "On May 17, 1792, twenty-four stockbrokers gathered outside 68 Wall Street under a buttonwood tree to sign an agreement that would establish the rules for buying and selling bonds and shares of companies. The Buttonwood Agreement, as it is known, is so named because the tree served as the regular meeting place for these pioneers of Wall Street. The signers of the Buttonwood Agreement drafted their first constitution on March 8<sup>th</sup>, 1817, and named their nascent organization the New York Stock & Exchange

---

9. Voir <<http://www.londonstockexchange.com/about-the-exchange/company-overview/our-history/our-history.htm>> (consulté le 3 octobre 2011).

Board. In 1863, this name was shortened to its modern form, the New York Stock Exchange”<sup>10</sup>.

Pour pouvoir légitimement parler d'un ancêtre des Bourses modernes sous la République, il suffirait donc d'établir qu'il existait un lieu de rencontre où les Romains se rencontraient afin de transiger des titres, par exemple les *partes* des sociétés de publicains.

Afin d'établir cela, il faut cependant, par définition (une Bourse étant un lieu où on transige des titres), rencontrer au moins deux conditions.

Premièrement, il faut qu'il ait existé des titres et qu'ils aient été transférables afin qu'on ait effectivement pu les transiger.

Deuxièmement, d'un point de vue pratique, il faut qu'un lieu de rencontre pour les transiger se soit avéré nécessaire ou utile, ce qui n'est le cas que lorsque le nombre de détenteurs de titres est suffisamment important.

En effet, quand les détenteurs de titres se connaissent entre eux et qu'il en existe un nombre suffisamment réduit, les transactions se font de manière plus informelle, de personne à personne, sans qu'il soit nécessaire d'avoir un lieu de rencontre attitré pour permettre aux acteurs concernés de se repérer les uns et les autres afin de pouvoir transiger entre eux.

Alternativement, l'historien Badian a suggéré que les transactions ont pu avoir lieu « over-the counter » sous la République romaine<sup>11</sup>, c'est-à-dire sur ce que nous appelons de nos jours un marché hors-cote. Il s'agit d'un marché où les titres

---

10. Voir <http://corporate.nyx.com/en/who-we-are/history/new-york> (consulté le 3 octobre 2011).

11. E. BADIEN, préc., note 2, p. 103.



ne sont pas transigés dans un lieu central, la Bourse, mais plutôt par l'entremise d'un réseau de courtiers dispersés<sup>12</sup>.

À notre époque, un tel réseau de courtiers est surtout utilisé lorsque les sociétés par actions ne veulent pas ou ne peuvent pas s'inscrire en Bourse, soit parce qu'elles ne rencontrent pas les conditions d'inscription boursières applicables<sup>13</sup>, ou soit parce que le processus d'inscription en Bourse est jugé trop dispendieux<sup>14</sup>. Il semble peu probable que de tels motifs aient pu être applicables sous la République romaine (d'ailleurs, dans un tel cas, cela supposerait une coexistence du

- 
12. Carole TURCOTTE, *Le droit des valeurs mobilières*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 13; John DOWNES et Jordan Elliott GOODMAN, *Dictionary of Finance and Investment Terms*, New York, Barron's, 1985 (définition de « over-the-counter »); Frederic MISHKIN et Apostolos SERLETIS, *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Pearson Addison Wesley, 2004, p. 22; Jerry M. ROSENBERG, *Dictionary of banking and finance*, New York, John Wiley & Sons, 1982 (définition de « over-the-counter »); R.J. Shook, *Wall Street Dictionary*, Franklin Lakes (NJ, USA), Career Press, 1999 (définition de « over-the-counter »).
13. Chaque Bourse est une organisation non-gouvernementale à but lucratif ayant ses propres exigences en plus de celles imposées par l'État par le biais de la législation sur les valeurs mobilières. À titre d'exemple, au Canada, notre plus grande Bourse (celle de Toronto) est détenue par le Groupe TMX, qui est une société par actions étant elle-même cotée sur son propre marché boursier, voir <[http://tmx.quotemedia.com/company.php?qm\\_symbol=X&locale=EN](http://tmx.quotemedia.com/company.php?qm_symbol=X&locale=EN)> (consulté le 6 octobre 2011).  
Il en est de même pour NYSE Euronext (résultant de la fusion du NYSE et d'Euronext), qui est cotée à fois sur les marchés boursiers du NYSE (Bourse de New York) et d'Euronext (Bourse en Europe), voir <[http://www.nyse.com/about/listed/lc\\_all\\_name\\_N.html?ListedComp=A11&start=261&startlist=1&item=14&firsttime=done](http://www.nyse.com/about/listed/lc_all_name_N.html?ListedComp=A11&start=261&startlist=1&item=14&firsttime=done)> (consulté le 6 octobre 2011).
14. Il n'est pas rare que les honoraires des avocats s'élèvent à plus de 400 000\$ pour un premier public à l'épargne (ce montant peut d'ailleurs facilement s'élever, si une réorganisation doit être effectuée avant le premier appel public à l'épargne, à deux millions de dollars), auxquels s'ajoutent des honoraires de comptables tout aussi dispendieux, des honoraires de courtiers, des frais d'inscription à la Bourse et bien d'autres frais. Le coût total de l'inscription à la cote d'une Bourse se chiffre donc en millions de dollars, ce qui n'est pas à la portée de toutes les entreprises.

réseau de courtiers avec une Bourse). Il se pourrait toutefois qu'un réseau de courtiers soit apparu et ait été utilisé pour d'autres raisons, ayant trait davantage aux règles régissant le comportement social des Romains et à leur manière de conclure des transactions entre eux. Toutefois, pour conclure à l'existence d'un réseau de courtiers sous la République romaine, il ne serait pas suffisant à mon avis que deux parties concluent ensemble une transaction par l'intermédiaire de leurs esclaves ou de personnes appartenant à leur *clientelae*. Il faudrait plutôt que certains entrepreneurs à Rome aient constitué des maisons de courtage et offerts leurs services à titre d'intermédiaires à plusieurs clients. C'est uniquement dans un tel cas qu'il serait justifié de parler d'un réseau de courtiers.

L'existence d'un réseau de courtiers suppose donc des détenteurs de titres suffisamment nombreux ne se connaissant pas suffisamment bien entre eux pour se passer de l'utilisation d'intermédiaires spécialisés comme des courtiers afin d'effectuer leurs transactions. Autrement, tout comme c'était le cas pour la Bourse, un tel réseau s'avère inutile. De plus, il n'y a pas de toute façon un volume de transactions suffisant pour l'alimenter et permettre aux maisons de courtage concernées de survivre.

À titre d'exemple, à notre époque, une société par actions dont les actionnaires sont tous membres d'une même famille ou d'un petit groupe de gens qui se connaissent bien entre eux n'a pas besoin d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers et n'utilise généralement ni l'un, ni l'autre. La majorité des sociétés par actions québécoises et canadiennes sont d'ailleurs bâties sur ce modèle; c'est ce qu'on appelle des sociétés par actions fermées, par contraste avec celles qui sont inscrites à la cote d'une Bourse, qui sont communément dites publiques, en référence à leur actionnariat qui est ouvert aux membres du public en général, plutôt que d'être constitué d'un groupe relativement restreint de gens qui se connaissent entre eux<sup>15</sup>.

---

15. Le vocabulaire peut varier d'une juridiction et d'une époque à l'autre (ex : « privé », « fermé », « closely held », etc) mais le concept de base demeure

À cet égard, il existe d'ailleurs un autre fait, sur lequel nous ne nous attarderons pas, mais qui est néanmoins susceptible d'alimenter notre réflexion. Au Québec et dans plusieurs autres juridictions, non seulement une société par actions fermée ne peut compter qu'un groupe relativement restreint d'actionnaires, mais

---

essentiellement le même (un nombre limité d'actionnaires qui se connaissent entre eux).

Par exemple, au Québec, pour qu'une société par actions soit considérée comme étant fermée, il a d'abord fallu que ses statuts de constitution contiennent trois interdictions : (1) l'interdiction d'avoir plus de cinquante actionnaires; (2) l'interdiction d'effectuer un appel public à l'épargne (ie de solliciter le public en général pour qu'il achète les actions de la société par actions) et (3) l'interdiction qu'il y ait un transfert d'actions sans que celui-ci ait été spécifiquement approuvé par le conseil d'administration (cette troisième interdiction étant davantage formelle que substantielle puisqu'en pratique, le conseil ne pouvait pas, sauf dans de très rares exceptions, refuser son approbation à un transfert d'actions). Il fallait aussi que ces trois interdictions soient effectivement respectées par la société par actions pour que celle-ci puisse conserver son statut de société fermée.

Suite à plusieurs réformes successives, il n'est plus nécessaire que ces interdictions figurent dans les statuts constitutifs (bien qu'elles doivent toujours être respectées) et leur signification a été précisée. Ainsi, le *Règlement 45-106* adopté en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. chap. V-1.1 par l'Autorité des Marchés financiers du Québec contient désormais une liste de gens qui sont considérés ne pas faire partie du 'public' et auxquels on peut émettre ou vendre des actions sans risquer d'être considéré comme ayant effectué un appel public à l'épargne; ces gens incluent notamment les membres de la famille des actionnaires, administrateurs et dirigeants, leurs amis très proches, leurs proches partenaires, les employés de la société par actions et ce qu'on appelle les investisseurs qualifiés (des investisseurs qui sont suffisamment sophistiqués, comme par exemple les institutions qui se spécialisent dans l'achat et la revente de titres, telles la Caisse de dépôt et placement du Québec, le Fonds de solidarité de travailleurs du Québec, etc). Les employés ne sont pas comptés dans le nombre maximal de cinquante actionnaires permis. Une société par actions peut donc avoir un nombre assez important d'actionnaires et beaucoup de titres en circulation sans être inscrite à la cote d'une Bourse. De plus, la limite de cinquante ne s'applique pas seulement aux actionnaires mais plutôt à tous les détenteurs de titres, à l'exception des titres de créance non convertibles. Voir Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 534-536.

leur nombre ne peut pas excéder cinquante<sup>16</sup>. Toutefois, il est important de réaliser qu'un nombre illimité d'employés de la société par actions concernée peuvent en devenir actionnaires et s'ajouter aux cinquante actionnaires susmentionnés, parce qu'en vertu de la loi, ils ne sont pas inclus dans le calcul du maximum de cinquante<sup>17</sup>. En d'autres termes, une société par actions fermée peut en réalité avoir beaucoup plus que cinquante actionnaires, si on tient compte des employés qui détiennent des actions. Certaines sociétés par actions fermées ont plusieurs centaines d'actionnaires et n'utilisent malgré tout ni Bourse, ni réseau de courtiers.

Ceci est révélateur du fait qu'il est possible de se retrouver en présence d'une société par actions qui compte un grand nombre d'actionnaires, sans qu'on puisse conclure automatiquement qu'il s'agit d'une société par actions publique inscrite à la cote de la Bourse ou d'une société dont les actions font l'objet de transactions par l'intermédiaire d'un réseau de courtiers. En d'autres termes, il est indispensable, pour qu'il y ait une Bourse ou un réseau de courtiers, qu'il existe des sociétés par actions avec suffisamment de détenteurs de titres, mais même si de telles sociétés existent, ce n'est pas suffisant en soi pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers. Une société par actions peut avoir un grand nombre d'actionnaires sans avoir jamais eu recours à une Bourse ou à un réseau de courtiers. Il lui est tout à fait possible de fonctionner sans l'aide de ces institutions dans certaines circonstances. Ceci

---

16. Pour nos fins, j'utilise une version simplifiée de la règle, qui est valide dans la mesure où les sociétés par actions n'émettent que des actions et non pas d'autres titres. En réalité, la règle est formulée de manière plus complexe, pour couvrir aussi d'autres titres (tels les débentures et les obligations) que les sociétés par actions émettent en sus des actions de nos jours. La règle prévoit que le nombre de détenteurs de titres (ce qui inclut les actions mais aussi les débentures, les obligations, etc...) autres que des titres de créance non convertibles (par exemple, des débentures et les obligations qui ne sont pas convertibles en actions) ne peut pas excéder cinquante, voir la note 15.

17. *Supra*, note 15.

ne veut pas dire qu'il existait un équivalent d'une telle situation sous la République romaine, mais ça signifie que même si on concluait que les *partes* étaient transférables et qu'il existait des *societates publicanorum* ayant un grand nombre d'actionnaires, cela rendrait plus probable l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers, mais cela ne constituerait pas une preuve irréfutable de leur existence.

Il est également instructif de savoir qu'actuellement, moins d'un pourcent des sociétés par actions canadiennes sont publiques et donc inscrites à la cote d'une Bourse quelconque<sup>18</sup>. La même situation prévaut aux États-Unis et au niveau mondial: les sociétés par actions publiques ne représentent qu'un infime pourcentage de toutes les sociétés par actions existantes<sup>19</sup>. En d'autres termes, même à notre époque moderne, où les Bourses sont des institutions bien connues et établies, les sociétés par actions publiques sont l'exception plutôt que la règle<sup>20</sup>...

Compte tenu de tout cela, est-il réaliste de penser qu'elles ont réellement eu des ancêtres sous la République romaine? Ou

---

18. G. DUFOUR, 2008, préc., note 1, p. 194-195.

19. *Id.*, p. 195.

20. Les sociétés par actions publiques sont assujetties à une législation spéciale visant à protéger le public qui est sollicité pour investir dans leur capital-actions : la législation sur les valeurs mobilières, qui leur impose notamment plusieurs obligations de divulgation au public (états financiers, rapport annuel, etc.). Comme cette législation a pour but de protéger le public, elle n'est pas applicable aux sociétés par actions « fermées », mais il faut respecter de manière très stricte les conditions exigées par la législation pour être reconnu comme étant bien une société par actions « fermée » dans la juridiction concernée (voir par exemple la note 15). Si une société par actions cesse de remplir l'une des conditions exigées, alors elle change de statut; elle cesse d'être considérée comme « fermée » pour devenir « ouverte », même si elle n'est pas « publique » (puisque'elle n'est pas inscrite à la cote d'une Bourse). Ceci a pour conséquence que la société concernée devient assujettie à certaines dispositions de la législation sur les valeurs mobilières applicable (elle échappe toutefois à l'application d'autres dispositions de cette même législation, qui ne concernent que les sociétés par actions publiques; de plus, elle n'est pas non plus assujetties aux règles d'une Bourse puisqu'elle n'y est pas inscrite),

pour formuler la question autrement, le besoin d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers s'est-il vraiment fait sentir à cette époque? Existe-t-il réellement des éléments de preuve qui permettent d'affirmer qu'il existait des titres transférables dans les *societates publicanorum*, que les détenteurs de ces titres étaient suffisamment nombreux pour qu'un lieu de rencontre comme une Bourse ou un réseau de courtiers se soit avéré utile ou nécessaire, et y a-t-il des indices suggérant que l'une ou l'autre alternative a existé? En d'autres termes, existait-il des sociétés de publicains ayant un capital-actions largement dispersé dans le public romain? C'est à ces questions que nous nous proposons de répondre dans le présent article.

Ceci exige que nous examinions les éléments de preuve disponibles à cet égard. L'étude des auteurs ayant traité de ces questions révèle qu'il existe essentiellement six textes de l'époque républicaine qui ont déjà été examinés à ce sujet et invoqués par les auteurs à l'appui de l'affirmation qu'il existait une Bourse à Rome sous la République, ou un réseau de courtiers par l'intermédiaire desquels étaient transigées les *partes* des *societates publicanorum*.

Nous allons aborder ces textes dans l'ordre chronologique puisqu'on ne devrait pas simplement amalgamer, comme certains l'ont fait, des éléments de preuve du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. avec d'autres qui datent de deux cents ans plus tard, comme s'ils décrivaient la même époque. Pour cette raison, nous avons choisi d'examiner les éléments de preuve pertinents, siècle par siècle. Ce découpage est quelque peu artificiel, mais il a l'avantage de tenir compte du fait que même quand un régime politique, social et/ou économique n'est pas fondamentalement modifié, les caractéristiques des institutions économiques et/ou juridiques peuvent très bien être variables dans le temps<sup>21</sup>. Pour qu'on

---

21. Par exemple, en 2002, le législateur québécois a aboli les règles relatives à la vente d'entreprise (art. 1767 du Code civil du Québec et suiv.). Pourtant, il s'agit d'un type de transaction fréquent et plusieurs autres provinces canadiennes ont des dispositions législatives équivalentes à celles des anciens articles 1767 et suiv. Ce n'est pas le contexte

puisse affirmer de manière crédible que les éléments de preuve décrivent bien une institution donnée telle qu'elle se présente à une époque précise, il faut nécessairement que les éléments de preuve concernent spécifiquement cette époque, pas un moment qui lui est antérieur ou postérieur de quelques siècles.

À titre d'exemple, ce n'est pas parce qu'on retrouve des éléments de preuve relatifs à la personnalité juridique distincte des sociétés de publicains au VI<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. qu'il serait justifié de tenir pour acquis qu'elles détenaient une personnalité juridique distincte plusieurs siècles plus tôt, vers la fin de la République. C'est d'ailleurs une des raisons pour laquelle le débat sur la datation de l'apparition de la personnalité juridique distincte de ces sociétés persiste entre historiens et juristes<sup>22</sup>. Il me semble également problématique de combiner ces éléments de preuve du VI<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. sur la personnalité juridique distincte des sociétés de publicains avec des éléments de preuve concernant leur organisation interne et datant du dernier siècle de la République, comme si on était en train de décrire exactement la même institution à un moment donné<sup>23</sup>. Ce n'est tout simplement pas le cas. De même, ce n'est pas parce qu'il est attesté au dernier siècle de la République que les *partes* des sociétés de publicains étaient transférables qu'on peut tenir pour acquis que c'était le cas durant les deux siècles précédents. Or, par définition, tant et aussi longtemps que les *partes* ne sont pas devenues transférables, elles ne pouvaient pas être achetées et vendues en

---

politique, économique ou social qui a changé, mais tout simplement le choix législatif. De la même façon, le 14 février 2011, une nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q. chap. S-31.1 est entrée en vigueur au Québec. Elle est différente à plusieurs égards de l'ancienne loi (notamment parce qu'elle s'inspire parfois de la loi fédérale et parfois des lois d'autres provinces ou d'États américains), mais on ne peut pas dire que son adoption coïncide avec un changement politique, économique ou social majeur.

22. À ce sujet, voir la thèse de doctorat précitée, note 1, chapitre IV, de même que G. DUFOUR, 2010, préc., note 1.

23. À ce sujet, voir la thèse de doctorat précitée, note 1, chapitre IV, en particulier la section 4.3.3.

Bourse ou faire l'objet de transactions par l'intermédiaire d'un réseau de courtiers.

L'analyse des éléments de preuve siècle par siècle a le mérite de diminuer le potentiel d'amalgamer ensemble des éléments de preuve correspondant à des versions différentes d'une institution ayant évolué dans le temps. À notre avis, ce sont ceux qui souhaitent amalgamer ensemble des éléments de preuve datant d'époques différentes qui ont la responsabilité de démontrer de manière concluante que ces éléments décrivent malgré tout une institution telle qu'elle se présente à une époque donnée, une preuve qui risque de s'avérer pour le moins difficile à faire.

Outre les six textes de l'époque républicaine pertinents qui ont déjà été examinés par nos prédécesseurs et dont nous proposons, dans certains cas, notamment celui de la plaidoirie des Verrines et celui du contre-interrogatoire de Vatinius de Cicéron, une analyse complètement différente de toutes celles qui en existent actuellement, nous examinerons aussi une série de textes supplémentaires que nous avons repérés dans des sources républicaines et qui n'ont pas été discutés par les historiens et les juristes relativement au sujet qui nous intéresse, pour voir quel éclairage additionnel ils sont susceptibles de jeter sur les questions qui nous préoccupent<sup>24</sup>.

---

24. Dans le cadre de la réalisation de la thèse de doctorat mentionnée à la note 1, l'auteur a relu intégralement tous les auteurs anciens, inscriptions archéologiques et lois romaines datant de l'époque républicaine. Comme la plupart de ces sources sont disponibles depuis fort longtemps, il faut, pour y repérer quelque chose qui a échappé à nos prédécesseurs, les passer au peigne fin et ne pas se limiter aux indexations par sujet ou autres effectuées par nos prédécesseurs. Une utilisation importante a notamment été faite de la collection Loeb des Classiques de l'Université Harvard (qui inclut la version latine ou grecque originale et sa traduction anglaise) et de la compilation des lois républicaines récemment effectuée sous la direction du professeur Crawford (qui inclut aussi le texte original et sa traduction anglaise), voir M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, vol. I et II, London (UK), Institute of Classical Studies, School of advanced studies, University of London, 1996). Pour plus de détails, veuillez consulter la thèse de doctorat



À notre avis, pour les raisons expliquées dans l'analyse qui va suivre, ni les textes déjà étudiés par nos prédécesseurs, ni les textes additionnels que nous avons examinés ne permettent de conclure à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers sous la République romaine. Cette existence est en fait improbable compte tenu de ce que nous apprend l'étude chronologique des éléments de preuve disponibles.

La République a commencé au VI<sup>e</sup> siècle av. J.-C., mais comme il n'existe aucun élément de preuve relatif au sujet qui nous intéresse avant le III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., c'est à cette époque que nous débutons notre analyse.

### 1.1 III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. : la Basilica de Plaute

Le premier texte est un extrait de la comédie « Curculio » de Plaute, un auteur du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., qui n'est relevé ni par Badian, ni par Nicolet; il est toutefois mentionné par un nombre limité d'auteurs, incluant Deloume, Roztovtzeff et Moore et Lewis<sup>25</sup>, lesquels l'interprètent comme confirmant la présence d'un équivalent antique de la Bourse à Rome:

Curculio : **Husbands gambling their fortunes away?**  
**Try the Stock Exchange.** You'll know it by the callgirls  
waiting outside. You can pick up anyone you want to, at  
a price... (caractères gras ajoutés)<sup>26</sup>.

Pour commencer, il faut souligner que le mot latin qui est traduit par « Stock Exchange » ou Bourse par ces auteurs est

---

précitée, note 1, et plus particulièrement le chapitre V qui inclut une reproduction et une analyse de toutes les sources consultées; voir également la bibliographie.

25. A. DELOUME, préc., note 3, p. 2, p. 18, p. 181 et suiv. et p. 319 et suiv.; Karl MOORE et David LEWIS, *Birth of the Multinational, 2000 Years of Ancient Business History, from Ashur to Augustus*, Copenhagen, Copenhagen Business School Press, 1999, p. 96-97; M. ROZTOVTZEFF, préc., note 3, tome 1, p. 31.
26. K. MOORE et D. LEWIS, préc., note 25, p. 96-97. Voir aussi A. DELOUME, préc., note 3, p. 2, p. 18, p. 181 et suiv. et p. 319 et suiv.

*Basilica*<sup>27</sup>, ce qui réfère à un édifice<sup>28</sup>, pas nécessairement à un lieu où ont lieu des transactions boursières. Le contexte du passage ne suggère pas non plus automatiquement la présence d'une Bourse : il réfère plutôt à un endroit où les hommes mariés vont rencontrer des prostituées et gaspiller ou perdre leur argent. Il évoque donc davantage un lieu dans lequel les gens agissent de manière dissipée et perdent leur argent soit en payant des prostituées ou encore en pariant aux dés ou autres, qu'un endroit où se retrouvent des investisseurs. Le traducteur de la collection Loeb de Harvard n'utilise donc pas « Stock Exchange » comme traduction du mot latin, mais plutôt, de manière plus fidèle au texte à notre avis, le mot désignant une basilique<sup>29</sup> :

In case you wish to meet a perjurer, go to the Comitium;  
 for a liar and a braggart, try the temple of Venus Cloacina;  
**for wealthy married wasters, the Basilica.** There too  
 will be harlots, well-ripened ones, and men ready for a  
 bargain (caractères gras ajoutés)<sup>30</sup>

Mais comment ce passage en est-il venu à être considéré comme référant potentiellement à un « Stock Exchange » ou Bourse? Au fonds, c'est faire dire au passage plus que ce qu'il n'énonce réellement, et il faut pour cela imaginer la présence de plusieurs sociétés par actions publiques dont les actions seraient transigées à une telle Bourse. C'est exactement ce que font Deloume et Roztovtzeff. Ce dernier écrit d'ailleurs, en s'appuyant sur ce passage, que les *partes des societates publicanorum* qui

---

27. Paul NIXON, *Plautus, vol. II : Casina, the Casket Comedy, Curculio, Epidicus, The Two Menaechmuses*, Cambridge (MA), 9<sup>e</sup> éd., Harvard University Press, 1988, p. 238: « *Qui periurum convenire volt hominem ito in comitium; qui mendacem et gloriosum, apud Cloacinae sacrum, ditis damnosos maritos sub basilica quaerito. Ibidem erunt scorta exoleta quique stipulari solent, symbolarum collatores apud forum piscarium.* » (caractères gras ajoutés).

28. Amanda CLARIDGE, *Rome : an Oxford Archeological Guide.*, Oxford (UK), Oxford University Press, 1998, p. 364.

29. *Id.*

30. P. NIXON, préc., note 27, p. 238-239.

percevaient des impôts étaient quotidiennement transigées dans la Bourse au Forum :

**Business was daily transacted at the exchange, near the temple of Castor in the large public place of Rome, the Forum. Here crowds of men bought and sold shares and bonds of tax-farming companies,** various goods for cash and on credit, farms and estates in Italy and the provinces, houses and shops in Rome and elsewhere, ships and storehouses, slaves and cattle. (caractères gras ajoutés)<sup>31</sup>

Toutefois, ceci est en réalité peu probable, puisque ce n'est pas au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. mais bien au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. que la perception d'impôts est devenue une activité importante des publicains<sup>32</sup>.

---

31. M. ROZTOVTZEFF, préc., tome 1, note 3, p. 31. Voir aussi M.B. SMITH, préc., note 7, p. 11 et J.R. LOVE, préc., note 3, p. 190.

32. Pour la méthodologie utilisée afin de repérer les éléments de preuve républicains relatifs à la perception des impôts, se reporter à la note 24, et consulter la thèse de doctorat précitée à la note 1 (voir notamment le chapitre III, section 3.3.3, qui présente les travaux des historiens à ce sujet, et le chapitre V, qui comprend un recensement, une reproduction et une analyse de toutes les sources républicaines qui mentionnent les impôts).

On a souvent tendance à associer les publicains à la perception d'impôts, comme il s'agissait de leur principale activité. Toutefois, au début de la République romaine et de l'histoire des publicains, ce n'était pas le cas, pour la bonne et simple raison que les impôts concernés n'existaient pas encore.

Il faut se demander quels impôts ont été imposés aux Romains eux-mêmes puis aux peuples conquis et dans chaque cas, pour quelle période. La datation des impôts et les montants approximatifs perçus peuvent être instructifs pour vérifier si les publicains ont pu se livrer à cette activité à une époque donnée et pour évaluer quelle était son importance potentielle par rapport à leurs autres activités à la même époque.

Badian s'est livré à cet exercice et il indique que les publicains ont d'abord joué un rôle dans l'approvisionnement des armées parties à la conquête de territoires qui allaient devenir assujettis à des impôts, de même que dans la réalisation de travaux publics à Rome puis en Italie. En d'autres termes, ce n'est qu'une fois les territoires étrangers conquis par Rome qu'ils sont devenus une importante source d'impôts et que la

Au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., la seule et unique attestation dont nous disposons que les publicains étaient impliqués dans la perception de certains impôts est un passage d'une autre comédie de Plaute, le « *Truculentus* », dans lequel le percepteur d'impôt est présenté comme un simple individu détesté des contribuables, et non comme une grande société par actions opprimant la population<sup>33</sup> (comme c'est le cas de nos jours dans le débat relatif à la question de la responsabilité sociale des sociétés par actions et de leur impact sur la démocratie; les attaques visent les sociétés par actions elles-mêmes et non les individus, alors qu'à l'époque de Plaute, il semble que ce qui avait frappé l'imaginaire de la population, ce n'était pas de grandes sociétés par actions, mais bien plutôt le percepteur d'impôts individuel).

Il n'existe donc en réalité aucune attestation pour le III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. que des sociétés de publicains étaient impliquées dans la perception d'impôts<sup>34</sup>, et tel que susmentionné, la

---

perception de ces impôts est elle-même devenue une partie significative des activités et des revenus des publicains. Selon Badian, jusque vers la fin du II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., la majeure partie de leurs revenus provenaient plutôt d'autres sources comme l'approvisionnement des armées romaines et les contrats de travaux publics, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 11 et p. 23-24; voir aussi P.A. BRUNT, 1969, préc., note 3, p. 124-125; Herbert HILL, *The Roman Middle Class in the Republican Period*, Oxford, Basil Blackwell, 1952, p. 52; J.R. LOVE, préc., note 3, p. 175; Émile SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 322.

33. Paul NIXON, *Plautus, vol.V: Stichus, Trinumus, Truculentus, Travelling Bag, Fragments*, 6<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999, p. 239. Les comédies de Plaute incluent souvent des éléments grecs mais Badian pense qu'ici, il réfère à un percepteur d'impôt romain, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 61.

34. En fait, aucune telle attestation n'est disponible avant le I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. Il existe des passages de Polybe (VI, 17), discuté infra, voir la note 52, et de Tite-Live (XLIII XVI 1 à 16), discuté infra, voir la note 44, qui témoignent d'un usage généralisé des sociétés au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., mais le passage de Polybe ne réfère pas à la perception d'impôts (il concerne les travaux publics en Italie) et celui de Tite-Live mentionne à la fois les travaux publics et la perception d'impôts, donc il corrobore celui de Polybe pour ce qui est de l'utilisation de sociétés pour les travaux publics, mais il ne confirme pas clairement que les sociétés étaient également utilisées pour la perception d'impôts. Le contexte du passage

perception d'impôt n'était pas encore, de toute façon, une activité très importante des publicains. Il est donc peu probable que la vision de Roztovtzeff, qui envisage toute une série de très grandes sociétés de publicains percevant des impôts dont les *partes* sont transigées dans une Bourse, reflète vraiment la réalité de cette époque.

---

est tel que Tite-Live aurait été obligé d'y mentionner les sociétés même si elles avaient été utilisées uniquement pour les travaux publics et non pour les impôts. Donc, on ne peut pas y voir une attestation bien claire que les sociétés étaient également utilisées à cette époque pour la perception des impôts. De plus, dans les autres sources républicaines contemporaines, pour le II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., quand les publicains sont mentionnés par rapport à la perception d'impôts, ils le sont toujours à titre individuel, notamment dans la *Lex Agraria* et également dans la portion de la *Lex Portorii Asiae* qui est considérée comme datant de cette époque. Brunt ne veut en tirer aucune conclusion, plaçant que les Romains désignaient souvent la collectivité en mentionnant ses membres au pluriel (ex : ils désignaient la ville en référant plutôt à ses citoyens au pluriel, voir P.A. BRUNT, *Roman Imperial Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1990 (ci-après, « P.A. BRUNT, 1990, préc. »), p. 371), mais ce n'est pas tout à fait exact, puisque même dans ces cas-là, la collectivité est aussi mentionnée, pas uniquement les membres (ex : *municipes* du *municipium*, correspondant à citoyens de la ville, et non seulement *municipes*, correspondant à citoyens, dans la *Lex Irnitana*, pour désigner la collectivité; voir l'analyse détaillée de cette loi effectuée dans mon doctorat), alors que dans les lois républicaines qui réfèrent aux publicains, c'est tout le contraire (on ne retrouve jamais l'équivalent, qui serait *socii* de la *societate*, mais plutôt uniquement *socii* ou pire encore, *socius*, c'est-à-dire associé au singulier, qui ne peut pas possiblement être interprété comme désignant la collectivité incarnée dans la société). À notre avis, l'opinion de Cimma, qui pense que cette désignation des *socii* ou du *socius* plutôt que de la *societate* est significative et qu'on ne doit pas traiter une référence à un *socius* ou aux *socii* comme équivalant à une référence à la *societate*, doit être préférée à celle de Brunt comme étant plus cohérente avec les éléments de preuve disponibles. Cimma écrit en italien, (M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, 1981) mais son opinion est rapportée par Brunt dans le texte susmentionné. Par ailleurs, en réalité, c'est uniquement à compter du I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. que nous retrouvons des éléments de preuve républicains qui attestent de l'utilisation de sociétés de publicains afin de percevoir des impôts sans aucune ambiguïté, dans des textes de Cicéron et dans certaines inscriptions archéologiques reproduites dans l'ILLRP qui mentionnent expressément des sociétés de publicains en charge de percevoir des impôts.

Il faut d'ailleurs souligner que l'idée d'une Bourse au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. n'est pas corroborée de manière bien satisfaisante par les autres éléments de preuve disponibles. Il ne faut pas oublier que les seules *societates publicanorum* qui sont attestées pour ce siècle sont celles qui, d'après Tite-Live, ont approvisionné les armées d'Espagne en 215 av. J.-C.<sup>35</sup>. Il s'agit de la première apparition historique des sociétés de publicains<sup>36</sup>. On peut présumer que les sociétés concernées avaient les reins financièrement solides et qu'elles comptaient parmi les plus importantes de l'époque, puisqu'elles ont accepté des contrats très risqués, approvisionnant les armées d'Espagne à leurs frais et sans rémunération jusqu'à la fin de la 2<sup>e</sup> guerre punique<sup>37</sup>. Or, il s'agissait de trois sociétés qui comptaient, en tout et pour tout, à elles trois, seulement 19 actionnaires ou *socii*<sup>38</sup>.

Si les sociétés les plus importantes de l'époque comptaient un nombre aussi limité de *socii*, quel aurait été l'intérêt d'une Bourse, ou même d'un réseau de courtiers? Comme nous l'avons déjà expliqué, de nos jours, les sociétés par actions fermées qui comptent un nombre limité d'actionnaires (à titre d'exemple, au Québec et dans plusieurs autres juridictions, un maximum de

35. B.O. FOSTER, *Livy : History of Rome – Books 23-25*, 6<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999, p. 165-167 (XXIII XLVIII 10-12 et XXIII XLIX 1).

36. E. BADIAN, préc., note 2, p. 16; P.A. BRUNT, 1990, préc., note 34, p. 361-362; Jérôme FRANCE, « La ferme des douanes dans les provinces occidentales de l'Empire romain », dans J.J. AUBERT (Dir.), *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Genève, Librairie Droz S.A., 2003, p. 201 note 54; Jérôme FRANCE, *Quadragesima galliarum : l'organisation douanière des provinces alpestres, gauloises et germaniques de l'Empire romain*, Rome, École française de Rome, 2001 (ci-après, « J. FRANCE, 2001, préc. ») p. 368 note 89; H. HILL, préc., note 32, p. 54; U. MALMENDIER, préc., note 2, p. 32; Cristina ROSILLO, « Fraude et contrôle des contrats publics à Rome », dans J.J. AUBERT (Dir.), *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Genève, Librairie Droz S.A., 2003, p. 57, p. 65; D.W. RATHBONE, « The Control and Exploitation of *ager publicus* in Italy under the Roman Republic », dans Jean Jacques AUBERT (Dir.), 2003, *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Genève, Librairie Droz S.A., 2003, p. 150.

37. Voir la note 35 (Tite-Live, XXIII XLVIII 10-12).

38. *Id.* (Tite-Live, XXIII XLIX 1).

cinquante actionnaires, auxquels peuvent s'ajouter un nombre illimité d'employés actionnaires<sup>39</sup>) n'y sont pas inscrites et elles n'ont pas non plus recours à des courtiers; leurs actions sont transigées de bouche à oreille à l'intérieur d'un réseau fort limité de connaissances et d'amis, de gens du même monde.

Il est vrai qu'une autre comédie de Plaute mentionne une autre catégorie d'acteurs, les *adfinis*, en relation avec les contrats publics :

Phil. : And he once had money?

Lys. : Once, sir.

Phil. (brisk and suspicious) How did he lose it? **Tied up with state contracts**, was he, or maritime ventures? (en latin : '*publicisne adfinis fuit an maritumis negotiis?*') Did he lose it in trade, or slave-trading?

Lys. : None of those ways, sir. (caractères gras ajoutés)<sup>40</sup>.

Certains auteurs ont imaginé que les *adfinis* constituaient une catégorie additionnelle d'actionnaires, potentiellement fort nombreux. Mais en réalité, comme le reconnaît Badian, « We simply have no idea who they are. »<sup>41</sup>.

---

39. Voir la note 15.

40. Paul NIXON, préc., note 33, p. 129 (passage extrait de la comédie *Trinumus*, ou « Three Bob Day »).

41. E. BADIAN, préc., note 2, p. 70. Il ne sera pas question du *particeps* dans cet article (un autre mot que les historiens et juristes ont interprété comme référant à des actionnaires), parce qu'il n'est mentionné ni au III<sup>ème</sup> siècle av. J.-C., ni au II<sup>ème</sup> ou I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. En effet, le mot est soi-disant tiré d'un texte de Cicéron, mais ce dernier ne l'a jamais lui-même employé; c'est un de ses commentateurs, le Pseudo-Asconius, qui écrit plusieurs siècles après la fin de la République, qui l'a utilisé, une seule fois, et on ignore son origine. Asconius lui-même est un historien du I<sup>er</sup> siècle ap. J.-C. qui a rédigé des commentaires sur l'oeuvre de Cicéron au bénéfice de ses enfants. Il existe une édition réputée de son oeuvre en latin, Thomas STANGL, *Ciceronis Orationum Scholiastae : Asconius*, Hildesheim, Olms, 1964. Cette édition inclut aussi les textes du Pseudo-Asconius mais ce dernier a plutôt écrit au V<sup>ème</sup> siècle ap. J.-C. Le passage qui mentionne le *particeps* est Pseudo-Asconius (253 Stangl). Compte tenu que ce terme n'est mentionné qu'une seule fois, par un auteur qui rédige cinq siècles après la fin de la République en

Les *adfines* ne sont en effet expressément mentionnés que deux fois dans les sources disponibles, qu'elles datent de l'époque républicaine ou impériale, d'une manière qui ne nous donne que peu d'information à leur sujet.

La première source est l'extrait de la comédie de Plaute que nous venons de citer, au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. La seconde source est un passage de Tite-Live qui réfère à un épisode du II<sup>e</sup> siècle av. J.-C.<sup>42</sup>. Finalement, il existe aussi un passage de Cicéron datant du I<sup>er</sup> siècle av. J.-C.<sup>43</sup> qui sans les mentionner expressément, semble, d'après certains auteurs, y référer, et confirmer qu'il s'agissait d'un type de détenteurs de *partes*. Mais si on examine les passages en question, on voit qu'ils ne confirment nullement que les *adfines* étaient par définition très nombreux et qu'ils constituaient un équivalent de la multitude d'actionnaires de nos grandes sociétés par actions publiques. En fait, ce serait plutôt le contraire.

Prenons d'abord le passage de Plaute. À sa lecture, on constate qu'il nous apprend simplement que les *adfines* sont impliqués dans les contrats publics. Il ne nous donne aucune indication sur la nature de leur position dans les entreprises des publicains ni sur leur nombre. Il ne nous confirme même pas que ces entreprises étaient juridiquement organisées sous forme de sociétés par actions et que les *adfines* étaient des acteurs qu'on retrouvait dans ces sociétés par actions, puisqu'il ne mentionne pas les sociétés par actions. Si on ne disposait que de ce texte, il faudrait garder à l'esprit la possibilité qu'il puisse s'agir d'une

---

commentant un texte de Cicéron que nous possédons encore et qui n'utilise pas, lui, ce terme, je pense que ce témoignage n'est pas fiable et qu'il devrait être écarté. Le témoignage de Cicéron lui-même existe. Il est contemporain, et il est clair que ce n'est pas dans ses écrits que le Pseudo-Asconius a été pêcher ce terme dont nous ignorons complètement la provenance. Il est plus prudent de donner la préséance à Cicéron lui-même et de mettre de côté cette attestation pour le moins douteuse.

42. *Infra*, note 44.

43. *Infra*, note 46.



catégorie d'acteurs impliqués dans une autre forme d'organisation des entreprises des publicains (par exemple, à notre époque, une entreprise peut être individuelle ou encore juridiquement structurée sous forme de société par actions, de société en commandite, de fiducie d'entreprise, etc...).

Quant au passage de Tite-Live, il réfère au fait que les censeurs ont exclu des adjudications de contrats publics de 169 av. J.-C. tous les publicains qui avaient participé à celles de la période précédente, incluant les *socii* et les *adfinis*, mais sans expliquer pourquoi:

XLIII XVI 1-16: In reviewing the knights, the censorship of these officials was rather stern and harsh; they deprived many of their horses. When in this matter they had offended the order of the knights, they added fire to grudge by a proclamation, in which **they proclaimed that none of those who in the censorship of Quintus Fulvius and Aulus Postumius had farmed the public revenues or the public works should appear at the auction of Claudius and Sempronius, or should be a partner or sharer (en latin: *sociusve aut adfinis* ) in the contracting.** (...) (caractères gras ajoutés)<sup>44</sup>

D'après ce passage, il est clair que les *socii* et les *adfinis* étaient deux catégories d'acteurs différents (sinon, les censeurs n'auraient pas eu besoin d'énumérer les deux) impliqués dans les adjudications de contrats publics. Mais cela ne nous donne aucune indication sur leur nombre dans chacune des entreprises de publicains concernées. Et comme le texte de Plaute, celui de Tite-Live ne nous confirme pas non plus que les *adfinis* étaient nécessairement présents dans les sociétés de publicains plutôt que dans une autre forme d'organisation des entreprises de publicains. Le fait qu'il existait des sociétés n'exclut pas la possibilité qu'une autre forme d'organisation juridique ait coexisté

---

44. Alfred C. SCHLESINGER, *Livy : History of Rome, Books XLIII-XLV*, 5<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000, p. 55-61.

avec celle des sociétés (par exemple, le *peculium*, qui octroyait une forme de responsabilité limitée).

Actuellement, les auteurs tiennent généralement pour acquis que les publicains étaient toujours organisés sous forme de sociétés pour certaines activités incluant la perception des impôts, mais même si on accepte ce point de vue (qui ne va pas nécessairement de soi<sup>45</sup>), il n'est pas établi dans le texte de Tite-

---

45. Quand on examine les sources républicaines, on constate qu'aucune d'entre elles n'exclut la possibilité qu'une autre forme d'organisation juridique ait pu être utilisée dans certains cas. Les historiens et les juristes qui ont conclu que les publicains étaient nécessairement organisés sous forme de sociétés de publicains pour la perception des impôts l'ont fait principalement sur la base d'un texte de Gaius qui n'est pas contemporain – il date au mieux de deux siècles après la République et au pire, de 6 siècles après elle (ledit texte nous étant parvenu par l'intermédiaire du Digeste III, IV, 1, et étant corrompu, ce qui est universellement reconnu, voir à ce sujet Jean-Jacques AUBERT, « La gestion des collegia : aspects juridiques, économiques et sociaux », (1999) X Cahiers Glotz p. 49 (ci-après, « J.J. AUBERT, 1999, préc. »), p. 53; P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge (England), Cambridge University Press, 1938, p. 141-142; Basile ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942, p. 264; H.F. JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford (UK), Clarendon Press, 1957, p. 131). Ce texte de Gaius n'indique d'ailleurs pas que les publicains en charge de percevoir les impôts devaient toujours être organisés sous forme de sociétés, il indique simplement qu'ils *pouvaient* l'être, ce qui est juridiquement différent. Une permission n'est pas une obligation. Un texte d'Ulpien, généralement omis de la discussion à ce sujet par les juristes et les historiens, semble d'ailleurs garder la porte ouverte au fait que les publicains aient pu parfois s'organiser autrement pour percevoir les impôts, voir Digeste, Livre XVII, Titre II, 33 : Ulpien, On the Edict, Book XXXI, dans Alan WATSON, *The Digest of Justinian*, vol.1, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985: «As in bidding for public contracts or in sales. People who do not want to compete with each other are accustomed to purchase goods through a messenger to hold in common. But this is a far cry from partnership.» Mais de toute façon, qu'il s'agisse du texte de Gaius ou de celui d'Ulpien, ils sont très postérieurs à la République.

Les historiens et les juristes ont donc complété leur argumentation avec divers arguments de nécessité: selon eux, il fallait absolument que les publicains soient organisés sous forme de sociétés de publicains détenant certains éléments de personnalité juridique distincte et qu'elles

Live que les *adfinēs* étaient présents dans les entreprises de publicains qui percevaient les impôts plutôt que dans celles qui s'occupaient des travaux publics. Le passage de Tite-Live réfère en effet à la fois à des contrats de travaux publics et à des contrats de perception des impôts, donc même si les *adfinēs* n'étaient présents que dans les contrats de travaux publics, les censeurs les auraient mentionnés. Or, nulle part ailleurs les *adfinēs* ne sont mentionnés en relation avec la perception des impôts; par contraste, tant le passage de Plaute susmentionné que celui de Cicéron discuté ci-dessous concernent probablement des travaux publics.

---

soient en quelque sorte un équivalent antique des sociétés par actions pour être en mesure de se livrer à certaines activités économiques d'envergure. Mais ce postulat est inexact: à l'ère moderne, on constate en consultant les palmarès des plus grandes entreprises que plusieurs d'entre elles ne sont pas structurées sous forme de sociétés par actions mais plutôt sous forme de sociétés en commandite ou de fiducies d'entreprise (y compris pour certaines des activités envisagées par les historiens comme l'exploitation de mines; ainsi, Alliance Resource Partners LP exploite des mines de charbon aux États-Unis et c'est le 6<sup>ème</sup> plus grand producteur de ce minerai dans ce pays). Les palmarès concernés sont notamment le Fortune Global 500 (les 500 plus grandes entreprises au monde), qui inclut non seulement des compagnies mais aussi des sociétés en commandite et des coopératives, et le Financial Post Top 500 (les 500 plus grandes entreprises au Canada), qui inclut des compagnies, des sociétés en commandite, des fiducies et des coopératives. Pour une analyse détaillée de ces palmarès, voir G. DUFOUR, 2008, préc., note 1, p. 212-223. De même, contrairement à ce que les historiens et juristes ont postulé, il n'est pas nécessaire qu'une société par actions dure aussi longtemps que les contrats auxquels elle est partie (à notre époque, la société par actions peut obtenir la permission d'être liquidée et dissoute même dans ce cas, mais les actionnaires demeurent responsables, ce qui était aussi le cas dans le système de contrats publics romain puisque l'État obtenait des cautions et des sûretés réelles; ce qui compte, c'est que quelqu'un demeure responsable, pas nécessairement la société par actions). Il est possible d'avoir des activités économiques de grande envergure en utilisant un véhicule juridique autre que la société par actions, donc on ne peut pas tenir pour acquis que les *societates publicanorum* ressemblaient aux sociétés par actions parce qu'elles avaient des activités économiques importantes.

En effet, le passage de Plaute mentionnant les *adfines* ne traite que des contrats publics sans spécifier l'activité et à son époque, tel que susmentionné, la perception d'impôts n'était pas une activité importante des publicains, alors que les travaux publics l'étaient. Il est donc logique de penser que ce passage concerne les travaux publics. Quant au passage de Cicéron, il traite, comme nous allons le voir, de l'octroi d'un contrat public relatif à des travaux publics sur le temple de Castor et non de la perception d'impôts. Il est donc tout à fait possible que contrairement à ce qu'on tient généralement pour acquis, les *adfines* n'aient en réalité existé que dans les entreprises de publicains qui s'occupaient de travaux publics, et non dans celles qui prenaient à ferme la perception d'impôts.

Étaient-ils des acteurs qu'on retrouvait dans les *societates* ou non? Ni le texte de Plaute, ni le texte de Tite-Live ne l'établissent clairement; par contre, le texte de Cicéron concerne une petite société de travaux publics, donc si on accepte le point de vue qu'il concerne lui aussi les *adfines* (bien qu'il ne les mentionne pas expressément), alors le lien entre les *adfines* et une organisation juridique sous forme de société serait établi (du moins, au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C.). Cependant, dans ce contexte, il est clair que les *adfines* ne correspondraient pas à la multitude d'actionnaires de nos grandes sociétés par actions publiques.

À cet égard, il peut être intéressant de se remémorer que le sens ordinaire du mot *adfines* est « lié par le sang » et qu'il n'existe aucun témoignage confirmant expressément la notion que les *adfines* correspondraient à une multitude d'actionnaires dans de grandes sociétés de publicains. Ni le texte de Plaute, ni celui de Tite-Live ne donnent d'indication sur le nombre des *adfines*. Par contre, le texte de Cicéron concerne une toute petite société de publicains qui se livrait à des travaux publics sur le temple de Castor à Rome et qui impliquait des personnes liées par le sang. Ce texte contient une clause d'exclusion des adjudications concernant les travaux de ce temple, qui est rédigée en des termes très semblables à celles de censeurs de 169 av. J.-C. que Tite-Live avait décrite, d'où le rapprochement fort intéressant entre les deux

qu'effectue Nicolet. La clause visait à exclure les personnes impliquées dans cette toute petite société de publicains familiale du processus d'adjudication afin que le magistrat soit libre d'octroyer le contrat à quelqu'un d'autre, qui était de connivence avec lui pour frauder l'État:

II 1 143 (...) Tell us then, what is this further provision : read it out. 'Any person who from the censors Lucius Marcius and Marcus Perperna ... **must not take him as partner nor allow him to share in the undertaking** nor himself secure the contract.' (en latin: '**socium ne admittito, neve partem dato, neve redimito**'). (caractères gras ajoutés) <sup>46</sup>

Nicolet compare la clause d'exclusion dans Tite-Live et celle-ci et suggère que l'expression *neve partem dato* de Cicéron correspond aux *adfines* de Tite-Live. Ceci confirmerait que les *adfines* étaient bien des détenteurs de *partes*. L'analyse qui précède permet d'ajouter à cette conclusion de Nicolet que ce texte confirme aussi que les *adfines* n'étaient pas nécessairement nombreux et qu'ils avaient plutôt potentiellement des liens familiaux, ce qui semble vraisemblable dans une société comme celle de la Rome antique, qui accordait une grande importance à la famille (particulièrement dans l'optique où plusieurs auteurs ont plaidé que la société en droit romain a eu une origine familiale<sup>47</sup>).

Bref, si on récapitule, même si on accepte le témoignage de Plaute à l'effet qu'il existait déjà des *adfines* au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., cela ne nous confirme pas que les *societates publicanorum* de l'époque avaient un grand nombre de détenteurs de *partes* et qu'il existait un équivalent antique de la Bourse ou un réseau de courtiers pour les transiger.

---

46. Leonard Hugh Graham GREENWOOD, *Cicero – The Verrine Orations*, vol.1, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2002 (8<sup>e</sup> éd.), p. 275-277.

47. Émile DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928, p. 17-24 et 36-37; E. SZLECHTER, préc., note 32, p. 265 et suiv.

De plus, nous n'avons aucune confirmation à cette époque que les *partes* sont transférables; les éléments de preuve qui sont relatifs à cette caractéristique des *partes* datent tous du I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. On ne peut pas simplement tenir pour acquis qu'une attestation du I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. à ce sujet est applicable au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. et qu'il n'y a eu aucune évolution du droit sur la période de deux cent ans qui sépare les deux époques. Or, il ne peut pas y avoir Bourse ou réseau de courtiers à moins que les *partes* ne soient transférables. Bref, pour le III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., les éléments de preuve sont nettement insuffisants pour conclure à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers.

## 1.2 II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. : Polybe et les contrats de travaux publics

Voyons si, au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., la situation a évolué. Outre le texte de Tite-Live déjà mentionné sur les *adfines*, dont nous venons de disposer, il existe un autre texte qui est fréquemment invoqué à l'appui de l'idée qu'il existait peut-être une Bourse ou un réseau de courtiers à cette époque; celui-ci provient de Polybe.

Il est généralement accepté que ce texte atteste de l'importance des contrats publics octroyés aux publicains vers 150 av. J.-C., soit l'époque où cet ancien auteur rédige<sup>48</sup>. Toutefois, plusieurs auteurs vont plus loin et considèrent qu'il décrit l'organisation interne des sociétés de publicains; ils invoquent de surcroît ce texte à l'appui de la proposition que des *partes* de ces sociétés auraient été détenues par pratiquement tout le monde à Rome, ce qui suggérerait l'existence d'un marché boursier quelconque afin de les transiger.

---

48. E. BADIAN, préc., note 2, p. 45; Claude DOMERGUE, *Les mines de la péninsule ibérique dans l'Antiquité romaine*, Rome, École française de Rome, 1990 (ci-après, « C. DOMERGUE, 1990, préc. »), p. 244; Tenney FRANK, « The provincial activities of the equestrian corporations (200-150 BC) », (1933) *Cl Phil.* 1, p. 2 et 5; A.J. TOYNBEE, préc., note 5, p. 343-344.

Pour déterminer si c'est bien ce que ce texte implique, il faut commencer par le replacer dans son contexte. Le Livre VI des *Histoires* de Polybe, où on le retrouve, est une étude du système politique romain afin de déterminer en quoi il est supérieur à celui des Grecs. Pour Polybe, la constitution d'un État a un impact politique réel, c'est la source du succès ou au contraire de l'échec de cet État<sup>49</sup>. Ce qui, à son avis, rend la constitution romaine supérieure aux autres et explique la supériorité de Rome, c'est le fait qu'on y retrouve un amalgame de la royauté, de l'oligarchie et de la démocratie, donc des poids et contrepoids, qui lui octroient une plus grande stabilité politique<sup>50</sup>. C'est dans le cadre de la description que Polybe fait de la constitution romaine et du partage des pouvoirs entre divers acteurs (les consuls, qui représentent l'élément royal, le sénat, qui représente l'élément aristocratique, et le peuple, qui représente l'élément démocratique<sup>51</sup>), qu'on retrouve le passage qui nous intéresse. Lorsqu'on l'examine, il ne faut donc pas perdre de vue que Polybe est occupé à décrire la structure du gouvernement romain afin de démontrer sa supériorité et d'expliquer pourquoi Rome a réussi à conquérir la Grèce et à dominer le bassin méditerranéen. Dans ce passage, Polybe est en train, après avoir expliqué que le Sénat doit

- 
49. W.R. PATON, *Polybius : The Histories*, vol. 3, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2003 (réédité de 1923), p. 271 (Polybe VI 2). Polybe présente donc les diverses constitutions d'États possibles (trois qui sont d'après lui positives, soit la royauté, l'aristocratie et la démocratie, et trois qui en sont des versions déformées négatives selon lui, soit la monarchie/tyrannie, l'oligarchie et le règne de la foule), p. 273-277 (Polybe, VI 3 à 5). Selon lui, l'organisation politique d'un État n'est pas statique et ces six formes se succèdent naturellement les unes aux autres selon un cycle qui est prévisible, p. 275-277 (Polybe, VI 4 à 5). Chacune de ces six formes comporte un vice qui la rend vulnérable et l'empêche de perdurer, p. 273-277 (Polybe, VI 3 à 5). Voir aussi Jean LECLAIR, « Les silences de Polybe et le Renvoi sur la sécession du Québec », dans Jacques BOUINEAU (Dir.), *Personne et Res Publica*, Paris, L'Harmattan, 2008, p.135- p.137.
50. Parce qu'elle constitue un amalgame des diverses formes de constitutions possibles mentionnées à la note 49, de sorte qu'aucune ne prédomine et qu'il y a W.R. PATON, préc., note 49, p. 291 (Polybe, VI 10 – l'exemple de Sparte) et p. 295-311 (Polybe-VI 11 à 19).
51. W.R. PATON, préc., note 49, p. 297 (Polybe, VI 11).

respecter le peuple, de démontrer que le peuple est également contraint de respecter le Sénat:

Polybe, Livre VI, 17 : « Similarly, again, the people must be submissive to the senate and respect its members both in public and in private. Through the whole of Italy a vast number of contracts, which it would not be easy to enumerate, are given out by the censors for the construction and repair of public buildings, and besides this there are many things which are farmed, such as navigable rivers, harbours, gardens, mines, lands, in fact everything that forms part of the Roman dominion. Now all these matters are undertaken by the people, and **one may almost say that everyone is interested in these contracts and the work they involve. For certain people are the actual purchasers from the censors of the contracts, others are the partners of these first, others stand surety for them, others pledge their own fortunes to the state for this purpose.** » (caractères gras ajoutés) <sup>52</sup>

Comme ce passage mentionne que « everyone is interested in these contracts and the work they involve », Badian en tire la conclusion que le capital-actions des sociétés de publicains était largement distribué au sein du public romain<sup>53</sup>, une opinion ridiculisée par Toynbee<sup>54</sup> et rejetée par Nicolet<sup>55</sup>, mais partagée par Deloume<sup>56</sup>, Dauphin-Meunier<sup>57</sup>, Salvioli<sup>58</sup>, Frank<sup>59</sup> et Malmendier<sup>60</sup>. Brunt semble être relativement d'accord avec eux puisqu'il indique que de nombreux investisseurs pouvaient

---

52. *Supra*, note 49, p. 307-309.

53. E. BADIAN, préc., note 2, p. 45-46.

54. E. BADIAN, préc., note 2, p. 45-46; A.J. TOYNBEE, préc., note 5, p. 343.

55. C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 265.

56. A. DELOUME, préc., note 3, p. 2, p. 133, p. 103-104, p. 265, p. 281-284. Selon lui, les employés libres et citoyens romains étaient probablement tous des actionnaires des sociétés de publicains, voir p. 106.

57. A. DAUPHIN-MEUNIER, préc., note 3, p. 23.

58. G. SALVIOLI, préc., note 3, p. 40.

59. T. FRANK, 1927, préc., note 5, p. 194-195, 286.

60. U. MALMENDIER, préc., note 2, p. 38.



acquérir les actions des sociétés de publicains<sup>61</sup>, mais il nuance sa position en indiquant que lorsqu'il écrit « everyone », Polybe doit référer en réalité principalement aux chevaliers et non à la plèbe et aux sénateurs<sup>62</sup>, ce qui serait plausible (du moins, si on admet cette théorie de la distribution du capital-actions des sociétés de publicains au sein du public romain) puisque la plèbe n'avait probablement pas les moyens d'investir et que les sénateurs étaient victimes d'une interdiction de participer au système d'octroi de contrats publics<sup>63</sup>. Ici, Polybe oppose le peuple et le Sénat, mais quand il parle du peuple, il référerait donc principalement à la tranche plus riche de celui-ci, soit les chevaliers.

Mais est-ce que Polybe réfère vraiment à la détention de *partes* dans les sociétés de publicains par le peuple comme les petits actionnaires des grandes sociétés par actions publiques de nos jours? Comme Toynbee et Nicolet, je suis d'avis que ce n'est pas le cas. Aux arguments qu'ils ont déjà fait valoir, j'ajouterais ce qui suit. D'abord, il faut souligner que si ce dont Polybe avait voulu parler dans le passage susmentionné était une sorte de marché boursier, il aurait plutôt écrit que la majorité des Romains avaient acquis des *partes* dans ces sociétés de publicains ou référé expressément à ce marché boursier. Or ce n'est pas ce qu'il dit : il énumère plutôt différents rôles que les gens peuvent jouer dans le système d'octroi de contrats publics qui prévalait sous la République, lesquels sont bien connus (l'adjudicataire du contrat, les associés de celui qui s'est fait adjuger le contrat, ceux qui

---

61. P.A. BRUNT, 1969, préc., note 3, p. 119 et p. 123-124; P.A. BRUNT, 1988, préc., note 3, p. 165.

62. P.A. BRUNT, 1988, préc., note 3, p. 148.

63. E. BADIAN, préc., note 2, p. 16 et p. 50; P.A. BRUNT, 1969, préc., note 3, p. 123; P.A. BRUNT, 1988, préc., note 3, p. 145, p. 151 et p. 173; A. DELOUME, préc., note 3, p. 139; J. ELLUL, préc., note 5, p. 297; T. FRANK, 1927, préc., note 5, p. 114-115; J.R. LOVE, préc., note 3, p. 180; H. HILL, préc., note 32, p. 51-52 et p. 87;; C. NICOLET, 1966, préc., note 2, p. 327-330 et 343; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 201; C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 307 et 312; C. NICOLET, 1994, préc., note 2, p. 637; A.J. TOYNBEE, préc., note 5, p. 186-189; C. ROSILLO, préc., note 36, p. 62; E. SZLECHTER, préc., note 32, p. 339.

agissent comme cautions personnelles ou *praedes* et ceux qui octroient une sûreté réelle ou *praedia* à l'État<sup>64</sup>), mais il ne mentionne pas l'acquisition de *partes* et le statut de simple petit actionnaire dans une sorte de société par actions publique.

D'ailleurs, il faut souligner que cela ne serait pas du tout cohérent avec son idée de base, qui est d'établir le fait que le peuple est contraint de respecter le Sénat. On comprend que ceux qui veulent se faire adjuger un contrat par l'État soient obligés de ménager ce dernier; de la même façon, ceux qui sont directement associés dans l'entreprise adjudicataire du contrat ou qui se sont portés cautions ou ont octroyé des sûretés réelles peuvent

---

64. Sous la République, l'État confie à l'entreprise privée l'exécution de tâches dont il ne peut, ou ne veut, s'acquitter lui-même (E. BADIAN, préc., note 2, p. 15; P.A. BRUNT, 1988, préc., note 3, p. 164; P.A. BRUNT, 1990, préc., note 3, p. 355 et 357; A.J. TOYNBEE, préc., note 5, p. 342). Les contrats publics sont octroyés tous les cinq ans par les censeurs agissant au nom de l'État (P.A. BRUNT, 1990, préc., note 3, p. 357; J. ELLUL, préc., note 5, p. 297; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 266; C. ROSILLO, préc., note 36, p. 59; A.J. TOYNBEE, préc., note 5, p. 292 note 2), dans le cadre d'un processus d'enchères (P.A. BRUNT, 1990, préc., note 3, p. 364; J. FRANCE, 2001, préc., note 36, p. 366-367; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 266; C. ROSILLO, préc., note 36, p. 59). La personne qui lève le doigt pour se faire adjuger un contrat s'appelle *manceps* (E. BADIAN, préc., note 2, p. 70; P.A. BRUNT, 1990, préc., note 3, p. 360; J. FRANCE, 2001, préc., note 36, p. 367; J.R. LOVE, préc., note 3, p. 182; C. NICOLET, 1966, préc., note 2, p. 330-331; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 264; C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 304 (il y a une évolution dans la pensée de Nicolet au sujet du *manceps*); E. SZLECHTER, préc., note 32, p. 325. L'État réclame aussi des cautions (ce sont les *praes* ou *praedes*) et des sûretés réelles sur des biens-fonds (ce sont les *praedia*) en garantie de l'exécution de ses obligations (Jean-Jacques AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome*, New York, E.J. Brill Ed., 1994 (ci-après, « J.J. AUBERT, 1994, préc. »), p. 327; E. BADIAN, préc., note 2, p. 69; Cédric BRÉLAZ, « Publicité, archives et séquence documentaire », dans Jean-Jacques AUBERT (Dir.), *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Genève, Librairie Droz S.A., 2003, p. 38-39; P.A. BRUNT, 1969, préc., note 3, p. 140 et P.A. BRUNT, 1988, préc., note 3, p. 163; P.A. BRUNT, 1990, préc., note 3, p. 361; Michel COTTIER, « La ferme des douanes en Orient et la Lex portorii de Asiae », dans Jean-Jacques AUBERT (Dir.), *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Genève, Librairie Droz S.A., 2003, p. 225).

facilement être sanctionnés par le Sénat s'ils lui déplaisent, puisque celui-ci peut les atteindre facilement via l'entreprise, par exemple, en ne renouvelant pas les contrats de celle-ci, en n'octroyant pas une rémission du prix du contrat lorsque cela lui est demandé en raison de circonstances difficiles (une telle demande a été effectuée relativement à la perception des impôts d'Asie vers la fin de la République et a donné lieu à une bataille en règle au Sénat avant d'être accordée<sup>65</sup>). Mais un petit actionnaire dans un contexte de marché boursier? Cela n'a pas de sens. Qui irait sanctionner une grande société par actions publique de nos jours pour le comportement de Monsieur Tout-le-Monde qui y détient un minuscule pourcentage des actions? Par définition, si le capital-actions des sociétés de publicains était largement dispersé dans la population romaine et que les *socii* et/ou *adfinēs* étaient très nombreux dans une société de publicains, chacun d'entre eux ne détiendrait qu'une toute petite fraction du capital-actions de cette dernière. L'argumentation que Polybe développe n'aurait alors plus aucune logique interne.

À mon avis, la rédaction du texte de Polybe et l'argumentation qu'il y présente suggèrent que l'interprétation qu'en font la majorité des auteurs<sup>66</sup> est inexacte et qu'il faut donner raison à Toynbee et Nicolet sur ce point. Polybe ne mentionne pas de Bourse, il ne mentionne pas de détention de *partes* par le public en général, il énumère simplement les rôles que les gens peuvent jouer dans les octrois de contrats publics

---

65. Cet épisode s'est produit vers 61 av. J.-C. : les publicains ayant obtenu le contrat pour la perception d'impôts de la province d'Asie demandent alors au Sénat de leur accorder une rémission d'un tiers du prix du contrat. Caton le Jeune est le chef de file des opposants à cette mesure au Sénat et parvient à la bloquer pendant un bon moment, au grand dam de Cicéron. C'est César qui a finalement accordé la rémission demandée, en 59 av. J.-C. Voir E. BADIEN, préc., note 2, p. 100-101; H. HILL, préc., note 32, p. 171-173; C. NICOLET, 1966, préc., note 2, p. 354 et 385; C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 310; C. ROSILLO, préc., note 36, p. 60 et également D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero : Letters to Atticus*, vol.I, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 2006, p. 99-101 (Lettre adressée à Atticus, 5 décembre 61 av. J.-C., Att I.17) et p. 107-109 (Lettre adressée à Atticus, 20 janvier 60 av. J.-C., Att I.18).

66. Voir les auteurs cités aux notes 53 et 56 à 61 inclusivement.

(adjudicataire, associés de l'adjudicataire, cautions personnelles et sûretés réelles).

De plus, même si pour cette époque l'existence de sociétés de publicains est clairement attestée dans le texte de Tite-Live déjà mentionné au sujet des *adfinēs*, nous ne détenons toujours aucun texte confirmant expressément le caractère cessible des *partes*. Or, pas de cessibilité des *partes*, pas de Bourse ou de réseau de courtiers.

L'existence de la Bourse ou d'un réseau de courtiers n'est donc pas davantage attestée au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. qu'elle ne l'était au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C.

### 1.3 Ier siècle av. J.-C. : les textes de Cicéron

Nous en arrivons maintenant au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C., le dernier siècle de la République, pour lequel les éléments de preuve proviennent tous du même auteur, Cicéron. Ses textes ont été invoqués à l'appui de plusieurs propositions: (1) le caractère transférable des *partes* à cette époque (ce dont nous convenons sans difficulté); et (2) le cours variable des *partes*, le fait qu'elles étaient largement dispersées dans la population romaine et qu'il existait une Bourse ou un réseau de courtiers, par l'intermédiaire desquels elles étaient transigées (ce qui nous semble inexact, pour les raisons expliquées ci-dessous).

#### 1.3.1 Pro Rabirio Posthumo : des *partes* transférables

D'abord, il faut souligner que c'est uniquement dans les textes anciens datant de cette époque ou de l'Empire que l'existence des *partes*<sup>67</sup> est expressément attestée. Il existe un passage de Valère-Maxime, un écrivain qui écrit au début du I<sup>er</sup>

---

67. E. BADIAN, préc., note 2, p. 102-104; P.A. BRUNT, 1969, préc., note 3, p. 124; A. DELOUME, préc., note 3, p. 280-282 et p. 306; A. DAUPHIN-MEUNIER, préc., note 3, p. 23; J. ELLUL, préc., note 3, p. 374; C. NICOLET, 1994, préc., note 2, p. 636; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 265; J.R. LOVE, préc., note 3, p. 180; U. MALMENDIER, préc., note 2, p. 38.

siècle ap. J.-C. (au moins une cinquantaine d'années après la fin de la République), qui atteste du fait que Titus Aufidius a détenu une petite part (*exiguam particulam*) dans l'entreprise qui exploitait les dîmes d'Asie<sup>68</sup> :

T.Aufidius, who had **shared in a very small way** in the Asian tax contracts, later governed the whole of Asia with proconsular authority. (en latin : *T.Aufidius, cum Asiatici publici **exiguam** admodum **particulam** obtinuit*).<sup>69</sup>

En fait, la traduction ci-dessus n'est pas aussi explicite que cela puisqu'elle parle plutôt de part dans les contrats que dans l'entreprise. Or, il y a une différence entre détenir une part dans un contrat (par exemple, être trois parties signataires à un contrat) et détenir une part dans une entreprise qui détient un contrat.

Par contre, les textes de Cicéron à ce sujet sont explicites et réfèrent clairement aux entreprises et non aux contrats. Ainsi, une de ses plaidoiries, le Pro Rabirio Postumo, inclut une référence aux grandes parts (*magnas partis*) détenues par un certain Rabirius dans les entreprises des publicains<sup>70</sup>:

Il 3 (...) His business interests and contracts were extensive (en latin : '*multa gessit; multa contractit*'); **he held many shares in state enterprises** (en latin : '*magnas partis habuit publicorum*'); nations had him for creditor; his transactions covered many provinces; he put himself at the disposal even of kings. He had previously lent large sums to this very king of Alexandria; but in the midst of all this he never ceased enriching his friends, sending upon them commissions (en latin : '*nec interea locupletare amicos unquam suos destitit, mittere in negotium*'), **bestowing shares** upon them (en latin : '*dare partis*'), advancing them by his wealth and supporting them by his

68. C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 326.

69. D.R. SHACKLETON BAILEY, *Valerius Maximus : Memorable Doings and Sayings*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000, p. 86-87.

70. E. BADIAN, préc., note 2, p. 102.

credit (en latin : '*augere rere, fide sustentare*'). In short, by his generosity as well as by his magnanimity he reproduced the life and habits of his father. (caractères gras ajoutés)<sup>71</sup>

Certains auteurs considèrent que l'*exiguam particulam* de Valère-Maxime est une petite part alors que les *magnas partes* de Cicéron sont de grandes parts<sup>72</sup>; d'autres interprètent la détention d'une *exiguam particulam* comme signifiant que le détenteur était un *socii* de moindre importance alors que *magnas partes* impliquerait que le détenteur était au contraire un *socii* de grande importance<sup>73</sup>. Quant à Antonellis, il indique que les *magnas partes* étaient celles des fondateurs alors que les *particulae* sont les parts normales; il semble donc penser qu'elles ont des caractéristiques juridiques différentes<sup>74</sup>. Toutefois, comme on peut le voir ci-haut, les passages de Valère Maxime et de Cicéron d'où proviennent ces expressions ne sont pas explicites et ne nous fournissent aucun indice à ce sujet.

De manière générale, nous n'avons aucune information précise quant à l'identité des détenteurs des *partes* ou aux droits que ces dernières conféraient, et il serait imprudent d'imaginer qu'elles octroyaient automatiquement des droits semblables à ceux qui sont fréquemment rattachés aux actions à l'époque moderne (comme par exemple le droit de voter afin d'élire les administrateurs en charge de la gestion, le droit de recevoir des profits sous forme de dividendes, le droit de recevoir le reliquat des biens en cas de liquidation et de dissolution, etc.). D'abord, même à l'époque moderne, il existe des actions ne conférant pas ces droits dans les sociétés par actions (et quand elles les confèrent, bien souvent, les sociétés par actions trouvent le moyen de ne pas permettre aux actionnaires d'en profiter; à titre d'exemple, de nos jours, au Canada et aux États-Unis, la plus grande partie des

71. N.H. WATTS, *Cicero – Orations (Pro Milone, In Pisonem, Pro Scauro, Pro Fonteio, Pro Rabirio Postumo, Pro Marcello, Pro Ligario, Pro Rege Deiotaro)*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000 (8<sup>e</sup> éd.), p. 369-371.

72. A. DELOUME, préc., note 3, p. 128; M.B. SMITH, préc., note 7, p. 10.

73. E. BADIAN, préc., note 2, p. 102.

74. G. DE ANTONELLIS, préc., note 7, p. 23.

sociétés par actions inscrites en Bourse ne verse aucun dividende à leurs actionnaires<sup>75</sup>). Ensuite, il ne faut pas perdre de vue que l'époque moderne nous apprend que des investisseurs peuvent se voir octroyer des droits très variés relativement à une même entreprise, dépendamment de la structure juridique adoptée pour exploiter celle-ci. À titre d'exemple, de nos jours, une très grande entreprise exploitant une mine ou se livrant à une autre activité économique de petite ou grande envergure peut être exploitée non seulement sous forme de société par actions mais aussi, alternativement, de société en commandite ou de fiducie d'entreprise. Elle pourra être inscrite à la cote d'une Bourse dans les trois cas. Par contre, les investisseurs auront dans chaque cas des droits très différents, même s'il s'agit toujours de la même entreprise; à titre d'exemple, les commanditaires de la société en commandite et les bénéficiaires de la fiducie, qui sont les équivalents des actionnaires dans la société en commandite et la fiducie d'entreprise, respectivement, ne pourront pas nécessairement voter comme les actionnaires pour élire l'équipe de gestion, mais ils auront un droit beaucoup plus certain que ces derniers à la distribution des profits. Ce qui différencie de nos jours les actions d'une société par actions des parts d'une société en commandite ou des unités d'une fiducie d'entreprise, ce sont les droits que ces actions/parts/unités leur confèrent<sup>76</sup>. Mais dans les trois cas, le véhicule juridique (société par actions, société en commandite ou fiducie d'entreprise) est tout à fait performant dans l'arène économique.

Concrètement, les *societates publicanorum* ont très bien pu avoir des *partes* ne conférant pas le même type de droits que nos actions modernes et être quand même efficaces dans l'arène économique. On ne peut pas simplement tenir pour acquis que les *partes* conféraient les mêmes droits que des actions. Donc, le rapprochement que les historiens et les juristes effectuent entre les *partes* des *societates publicanorum* et les actions de nos

---

75. G. DUFOUR, 2008, préc., note 45, p. 350 et suiv.

76. G. DUFOUR, 2008, préc., note 45, chapitre III (comparaison entre les différents véhicules juridiques disponibles aux investisseurs avec identification de leurs avantages et inconvénients).

sociétés par actions modernes ne va pas de soi. Il ne serait justifié que si les droits que les *partes* et les actions modernes conféraient étaient relativement semblables, autrement la comparaison avec les parts détenues par les investisseurs dans d'autres véhicules juridiques modernes comme les sociétés en commandite serait peut-être davantage appropriée. De la même manière, il se peut que les *societates publicanorum* présentent davantage de points communs avec d'autres véhicules juridiques modernes que la société par actions. C'est un point de vue que j'ai soutenu et que j'explique davantage dans mon doctorat<sup>77</sup>; pour nos fins ici, restreignons-nous à l'examen des caractéristiques des *partes* qui sont pertinentes à la question de savoir s'il existait une Bourse ou un réseau de courtiers.

À cet égard, une chose que le Pro Rabirio Posthumus établit cependant clairement, c'est le caractère transmissible des *partes*, puisqu'il mentionne que Rabirius en a données à ses amis. Il existe aussi un autre texte de Cicéron qui confirme la transmissibilité des *partes*, soit le contre-interrogatoire de Vatinius, car il mentionne des *partes* extorquées par ce dernier à César et aux publicains :

In Vatinius XII 29 « And since you despise the wealth of others, while you boast immoderately of yours, I wish you to answer me this question. During your tribunate of the commons, did you not make treaties with states, with kings, with tetrarchs? Did you disburse sums from the treasury by your laws? **Did you not at the same time filch shares when they were at their highest, in part from Cesar, in part from the tax-farmers themselves?** (en latin : '*eripuerisne partes illo tempore carissimas partim a Caesare, partim a publicanis*') » (caractères gras ajoutés).<sup>78</sup>

77. Précité, note 1, de même que dans un article récemment publié dans la Revue internationale des droits de l'Antiquité. voir G. DUFOUR, 2010, préc., note 1.

78. R. GARDNER, *Cicero : Pro Sestio, In Vatinius*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001, p. 279. Badian traduit ce passage lui-même et utilise le mot « extort » plutôt que « filch », donc extorquer plutôt que vo-



Toutefois, à mon avis le passage du Pro Rabirio Posthumo confirme la transmissibilité des *partes* d'une manière plus concluante que le contre-interrogatoire de Vatinius, parce que ce dernier fait état de vol ou d'extorsion, donc d'une acquisition potentiellement illégale, et n'établit donc pas tout à fait aussi clairement que les transferts de *partes* étaient habituels et légaux. Tandis que dans le Pro Rabirio Posthumo, tout semble parfaitement légal : Cicéron est en effet en train d'essayer de présenter son client et sa famille sous leur meilleur jour face au jury, donc il est logique de penser qu'il ne leur attribuerait pas un comportement illégal.

Dans tous les cas, ce que les *partes* ont en commun avec les actions des sociétés par actions modernes (mais aussi avec les parts des commanditaires dans une société en commandite et avec les unités dans une fiducie d'entreprise), ce ne sont pas nécessairement les droits qui y sont rattachées, puisque nous ne les connaissons pas, mais c'est le fait d'être transférables, du moins à l'époque de Cicéron, vers la fin de la République. C'est en effet le seul moment où ce caractère transférable des *partes*, relevé par de nombreux historiens et juristes<sup>79</sup>, est attesté.

La transmissibilité des *partes* étant une condition préalable à leur circulation par l'intermédiaire d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers, le I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. est donc le seul pour lequel nous pouvons envisager l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers avec une certaine confiance. Toutefois, encore faudrait-il que les autres éléments de preuve disponibles viennent confirmer cette existence, ce qui ne semble pas être le cas, comme nous allons maintenant le voir.

---

ler, E. BADIAN, préc., note 2, p. 102 : « Did you extort shares, which were at their dearest at the time, partly from Caesar, partly from the *publicani*? ».

79. A. DELOUME, préc., note 3, p. 126-127 et 129; A. DAUPHIN-MEUNIER, préc., note 3, p. 23. J. ELLUL, préc., note 3, p. 374. C. NICOLET, 1994, préc., note 2, p. 636. T. FRANK, 1927, préc., note 3, p. 194-195.

### 1.3.2 Contre-interrogatoire de Vatinius : une valeur qui a varié et non un cours variable

À cet égard, il faut commencer par un aspect qui est un élément important de la position de plusieurs de ceux qui croient en l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers à cet époque: le contre-interrogatoire de Vatinius est invoqué par eux non seulement à l'appui de la position que les *partes* étaient transférables, mais aussi qu'elles avaient un cours variable. Mais pouvons-nous vraiment tirer cette conclusion de ce contre-interrogatoire?

Deloume<sup>80</sup>, Badian<sup>81</sup> et Malmendier<sup>82</sup> le font. Ils sont d'avis que les *partes* avaient un cours, puisque Cicéron reproche à Vatinius d'avoir volé/extorqué les *partes* au moment où elles étaient le plus dispendieuses ou avaient le plus de valeur: Deloume<sup>83</sup>, Roztoffzev<sup>84</sup>, Badian et Love<sup>85</sup> vont encore plus loin puisqu'ils semblent y voir une indication possible de l'existence d'une sorte de Bourse. Badian pense toutefois qu'il ne faut pas exagérer le parallèle avec la Bourse moderne, et il reproche à Roztovtzeff d'avoir fait exactement cela:

(...) he rather exaggerated it; he quotes four phrases (three from this passage) and gives the impression of a much better attestation than in fact exists; he adds that this developed in the second and first centuries B.C., although in fact this passage only refers to 59 and we have nothing earlier.<sup>86</sup>

80. A. DELOUME, préc., note 3, p. 15-16-17, p. 129 et p. 339.

81. E. BADIAN, préc., note 2, p. 102; J.R. LOVE, préc., note 3, p. 190.

82. U. MALMENDIER, préc., note 2, p. 38.

83. A. DELOUME, préc., note 3, p. 2, 10, p. 84, p. 133 et p. 180 (il voit même, dans les jeux de Bourse, l'origine de la fortune de Cicéron, un point de vue qui n'est repris par aucun autre auteur).

84. E. BADIAN, préc., note 2, p. 102.

85. E. BADIAN, préc., note 2, p. 102; J.R. LOVE, préc., note 3, p. 190.

86. E. BADIAN, préc., note 2, p. 102.

Je suis tout à fait d'accord avec Badian à cet égard, particulièrement en ce qui a trait à la chronologie de la preuve disponible. Le contre-interrogatoire de Vatinius date du I<sup>er</sup> siècle av. J.-C., et tel que déjà souligné, on ne peut pas tenir pour acquis que les caractéristiques des *partes* qu'il mentionne (corroborées, pour ce qui est de la transmissibilité des *partes*, par le passage du Pro Rabirio Posthumus susmentionné) existaient déjà pendant les siècles précédents. Badian conclut donc plutôt à l'existence d'un réseau de courtiers<sup>87</sup> qu'à celle d'une Bourse.

Toutefois, contrairement à Badian et aux autres auteurs, ce qui me frappe, c'est que le passage de Vatinius confirme non pas que les *partes* avaient un cours, mais plutôt que leur valeur pouvait varier - ce qui est également le cas des actions d'une société par actions fermée détenues par un petit nombre d'actionnaires, il faut le souligner.

En effet, il ne faudrait pas perdre de vue que la valeur des actions d'une société par actions fermée fluctue elle aussi avec les aléas de fortune de celle-ci. À titre d'exemple, les sociétés de publicains qui faisaient affaire en Asie ont certainement toutes souffert des déprédations de Mithridate dans cette province<sup>88</sup>. Même si chacune d'entre elles avait eu un capital-actions fermé, c'est-à-dire, n'incluant qu'un nombre relativement limité de détenteurs de *partes*, la valeur de ces dernières aurait très certainement varié à la baisse dans toutes les sociétés par actions concernées. De la même façon, leur valeur aurait encore varié, à la hausse cette fois, lorsque les publicains demandèrent plus tard au Sénat de réviser les contrats de perception des impôts en Asie en leur faveur en raison des pertes subies, et obtinrent cette révision.

Or, cette révision des contrats de perception des impôts en Asie a eu lieu en 59 av. J.-C., précisément au moment auquel réfère le contre-interrogatoire de Vatinius. Plus encore, ce dernier

---

87. E. BADIEN, préc., note 2, p. 103. C'est ce qu'implique son usage de l'expression « *traded over-the-counter* ».

88. *Infra*, note 129.

est possiblement l'auteur de la *lex* par laquelle la révision des contrats de perception des impôts en Asie a été accordée<sup>89</sup>. En d'autre termes, Vatinius a possiblement (pour ne pas dire, fort probablement) extorqué des *partes* aux publicains et également à César en échange du rôle qu'il a joué dans l'adoption de la *lex* que ceux-ci désiraient mettre en place; il aurait donc reçu les *partes* à titre de récompense, à un moment auquel effectivement leur valeur venait d'augmenter, en raison de la loi adoptée.

Ce que Cicéron est en train de reprocher à Vatinius dans ce contre-interrogatoire qu'il lui fait subir, c'est tout à la fois son appât du gain (c'est le thème général de la litanie de reproches qu'il lui adresse à cet endroit du contre-interrogatoire), et le fait de s'être servi de sa charge de magistrat pour se livrer à de l'extorsion.

À mon avis, tout ceci ne confirme absolument pas que les sociétés de publicains concernées avaient un capital-actions dispersé et que les *partes* avaient un cours variable. En fait, il est plutôt probable, dans les circonstances, que Vatinius s'est livré à ses tractations en secret et directement avec les intéressés – les *partes* constituant une forme de pot-de-vin pour assurer sa collaboration à l'adoption de la loi concernée. Au fonds, c'est cela que Cicéron est en train de lui reprocher. Cicéron, qui connaissait bien les publicains et avait lui-même fait des représentations en leur faveur, avait sans doute été informé de ce qui s'était passé par son propre réseau de contacts.

Donc, que la valeur des *partes* ait varié suite à ce qui s'est produit en Asie, c'était certainement le cas, mais ce serait le cas qu'une société de publicains ait une cinquantaine de détenteurs de *partes* (exemple équivalent à l'actionnariat d'une société par actions fermée de nos jours, dont les actions ne sont transigées ni par l'intermédiaire de courtiers, ni par celui d'une Bourse) ou un million de détenteurs de *partes* (exemple équivalent à une société

---

89. G. GARDNER, préc., note 78, p. xiii (entre janvier et avril 59 av. J.-C., « revision, probably by a *lex Vatinia*, of the tax-contract for the province of Asia »).

par actions publique dont les actions seraient transigées à la cote d'une Bourse de nos jours). Bref, contrairement à ce que les auteurs susmentionnés tiennent actuellement pour acquis, le contre-interrogatoire de Vatinius n'établit pas automatiquement que les *partes* avaient un cours variable. Il confirme que leur valeur a varié, ce qui n'est pas du tout la même chose.

Il faut chercher plus loin pour déterminer s'il existait des sociétés de publicains avec un capital-actions largement dispersé. En réalité, ce qui nous permet de penser qu'il existait une sorte de marché boursier ou un réseau de courtiers, c'est que nous détenons aussi pour la même époque la plaidoirie des Verrines de Cicéron, qui selon l'interprétation actuellement acceptée par les historiens et les juristes, mentionne une « multitude » de *socii* pour une société de publicains. C'est la seule attestation que nous ayons d'une société précise ayant un grand nombre de *socii*.

Le fait qu'il soit attesté, pour la même époque, à la fois que les *socii* de certaines sociétés de publicains étaient parfois très nombreux et que les *partes* étaient transmissibles, suggère qu'il devait y avoir un lieu quelconque où les transactions relatives aux *partes* se produisaient, un lieu de rencontre entre acheteurs et vendeurs potentiels. Comme nous l'avons déjà vu, il s'agit là du concept de base d'une Bourse: le London Stock Exchange a commencé dans un café qui était devenu le lieu de rencontre attitré de ceux qui souhaitaient transiger des titres; une liste indiquant le prix de différentes actions y était disponible<sup>90</sup>. Il n'est donc pas nécessaire d'imaginer une organisation très complexe, et il est bien possible qu'il ait existé un équivalent antique de ce petit café avec sa liste de prix dans le Forum romain. Tel que susmentionné, Badian pense toutefois, comme Roztovtzeff, que les *partes* étaient transigées par l'intermédiaire d'un réseau de courtiers. En fait, nous ignorons si les transactions se faisaient sur un équivalent antique de la Bourse ou d'un marché hors cote, mais si l'interprétation actuelle que les historiens et les juristes font de la plaidoirie des Verrines s'avère correcte et qu'une seule

---

90. Voir le texte correspondant aux notes 8 à 10.

société avait réellement une « multitude » de *socii*<sup>91</sup>, nous avons assez d'indices pour conclure à la probabilité qu'à l'époque de Cicéron, ces transactions aient eu lieu<sup>92</sup>.

Il serait alors tentant, à cet égard, de se rappeler du passage de Plaute du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. dont nous avons déjà parlé et d'y injecter rétroactivement une Bourse dans le Forum romain, mais il faudrait résister à cette tentation, d'abord parce que comme nous l'avons vu, le passage lui-même ne se prête pas vraiment à une telle interprétation, et ensuite, parce qu'à cette époque nous n'avons aucune indication, premièrement, que les *partes* avaient les caractéristiques (notamment le caractère transmissible) qu'elles ont acquises à l'époque de Cicéron, et deuxièmement, qu'il existait dans certaines sociétés au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. une « multitude » de *socii*.

Mais la plaidoirie des Verrines de Cicéron nous confirme-t-elle vraiment qu'il a existé au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. une société de publicains ayant une « multitude » de *socii*? La question est importante, parce qu'il s'agit de la seule et unique société à capital-actions dispersé dont l'existence est expressément attestée dans les sources, et à mon avis, contrairement à ce que pensent actuellement les historiens et les juristes à ce sujet, la réponse à cette question est négative.

---

91. Bien que Nicolet généralise et dise que c'était souvent le cas, voir C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 303, cette société est en réalité la seule pour laquelle cela est attesté.

92. Par ailleurs, même si on admettait cette probabilité, il faudrait se rappeler que ce n'est qu'une probabilité, pas une certitude, puisque comme nous l'avons précédemment, les données empiriques de l'époque moderne démontrent qu'il est possible d'avoir un grand nombre d'actionnaires sans nécessairement avoir recours à la Bourse ou à un réseau de courtiers (cas des sociétés par actions fermées dont un grand nombre d'employés sont actionnaires). Il aurait pu exister d'autres circonstances particulières à l'époque romaine, articulées autour de la *familia* ou de la *clientelae* au lieu du concept d'employé.

### 1.3.3 La « multitude » de *socii* des Verrines : celle de plusieurs sociétés et non d'une seule

Les Verrines sont une plaidoirie-fleuve de plus de mille pages. Les sociétés de publicains sont mentionnées à deux endroits dans cette plaidoirie, soit une première fois au Livre II, et une seconde fois, plus de deux cents pages plus loin, dans le Livre III.

Au livre II, on retrouve un passage bien connu, actuellement interprété comme relatant une assemblée des *socii* d'une société de publicains, suivie d'une réunion de *decumani* tenue suite à la convocation d'un *magister* relativement aux actions illégales commises par le gouverneur de Sicile<sup>93</sup>. La réunion des *decumani* avait pour but de faire disparaître les traces de ces actions illégales afin de ne pas nuire au gouverneur qui était sur le point de subir un procès intenté par le peuple sicilien pour ses diverses exactions, compte tenu du fait que la société de publicains s'était ensuite acoquinée avec lui pour exploiter les contribuables. Cette assemblée de *socii* est généralement présentée par les auteurs comme s'il s'agissait d'une sorte d'assemblée des actionnaires de la société de publicains

---

93. L.H.G. GREENWOOD, *Cicero – The Verrine Orations*, vol.1, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2002 (8è éd.), p. 479 : « II II 173 He (note : Verrès) replied that it had been a pleasure to him, and spoke in high terms of the good work of Carpinatius; and then **he instructed one of his friends, who was at the time chairman of that company** (en latin : '*magister erat eius societatis*'), **to take the utmost care and precaution that the company's records** (en latin : '*litteris sociorum*') **should contain nothing that could possibly endanger his position or his character. Accordingly the chairman, after the main body of shareholders had dispersed, called a meeting of the directors and put this before them** (en latin : '*Itaque ille, multitudine sociorum remota, decumanos convocat, rem defert*'). **This meeting passed a resolution that all records damaging to the reputation of Gaius Verrès should be expunged, and that care should be taken to stop this action from being injurious to the said Gaius Verrès.** » (caractères gras ajoutés). Malgré ce que le traducteur indique, en réalité ce n'est pas de la correspondance de la société dont il est question ici mais bien de celle des associés.

concernée<sup>94</sup>. Quant aux *decumani*, auxquels cette plaidoirie réfère (c'est d'ailleurs le seul endroit dans toutes les sources républicaines ou impériales où ils sont mentionnés), les opinions diffèrent quant à savoir s'il s'agissait du conseil d'administration de la société de publicains concernée (opinion de Carcopino, partagée semble-t-il dans une certaine mesure par Nicolet et Ellul) ou d'une sorte de grand conseil des chefs des publicains en général (une suggestion de Badian)<sup>95</sup>. Le *magister* est considéré comme l'équivalent d'un dirigeant<sup>96</sup>.

L'interprétation qui est faite de cette plaidoirie actuellement soulève plusieurs difficultés. D'abord, pour une avocate de droit corporatif, l'assemblée des *socii* ne semble pas correspondre, de quelque manière que ce soit, à une assemblée d'actionnaires. En effet, le but de l'assemblée des *socii* est d'accueillir le gouverneur de Sicile à son retour à Rome, comme c'était apparemment la tradition des publicains de le faire<sup>97</sup>. C'est un peu comme si on

---

94. Voir notamment E. BADIAN, préc., note 2, p. 72 et J.R. LOVE, préc., note 3, p. 182.

95. E. BADIAN, préc., note 2, p. 74; Jérôme CARCOPINO, *Decumani : note sur l'organisation des sociétés publicaines sous la République*, (1905) *Mél. Arch. Hist.* 401 (ci-après, « J. CARCOPINO 1905, préc. ») p. 428 et Jérôme CARCOPINO, *La Loi de Hiéron et les Romains*, Paris, Éditions de Boccard, 1965 (réédition de 1914), p. 89 et suiv. (ci-après, « J. CARCOPINO, 1914, préc. »), p. 90-91; J. ELLUL, préc., note 3, p. 374; C. NICOLET, 1966, préc., note 2, p. 332-333; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 264-265; C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 303 (Nicolet et Ellul ne rejettent pas la position de Carcopino mais proposent une autre possibilité d'explication, étant donné le peu d'éléments de preuve disponibles).

96. Nous ne nous attarderons pas à lui car son rôle est moins pertinent pour nos fins.

97. L.H.G. GREENWOOD, préc., note 93, p. 477-479 : « II II 172 (...) Finally, when Verrès was about to leave Sicily, he wrote urging them to assemble in force and meet him on his arrival, to express their thanks, and to promise to execute zealously any commands he might have for them. The company (en latin : '*socii*') accordingly observed the traditional practice of revenue-contractors (en latin : '*publicanorum*'), not because they thought he deserved any marks of respect, but because they felt it would pay them not to seem forgetful or ungrateful; they expressed their thanks to him, and told him that Carpinatius had frequently written to them about the services he had done them. ». Le traducteur écrit « company »



demandait aux actionnaires d'une grande société par actions de se réunir pour accueillir un personnage important lors de son passage en ville. Ceci n'a strictement rien à voir avec une assemblée d'actionnaires en tant que tel, qui est un mécanisme décisionnel de l'organisation interne de la société par actions.

Ensuite, il existe un détail qui rend très improbable que les *decumani* constituent le conseil d'administration de la société de publicains concernée. Les *decumani* sont mentionnés au Livre II des Verrines, tel que susmentionné, mais aussi une seconde fois au Livre III des Verrines. Cicéron y précise que leur réunion a servi à effacer les traces des malversations du gouverneur dans les documents corporatifs concernés<sup>98</sup>. Le détail pertinent, c'est que les malversations dont il est question au Livre III n'affectaient pas une seule société, mais bien plusieurs.

Le Livre III commence en effet en racontant que le Sénat utilisait plusieurs sociétés afin de financer Verrès, le gouverneur de Sicile<sup>99</sup>. Le Sénat allouait des sommes au gouverneur pour des

---

pour *socios* et *socii* alors qu'il s'agit en fait des associés et non de la société (en latin, *societate*).

98. L.H.G. GREENWOOD, préc., note 98, p. 202-203: « II III 165 (...) But when public money had been assigned to you from the treasury, when orders had been made for its payment, out of the nation's revenues, for the purchase of corn – is it true that this money became a source of gain to yourself and brought you in 24 percent? Doubtless you will deny the charge (...) what evidence can I produce? That of the **tax-farmers** (en latin : ' *publicanis* ')? You have treated them handsomely, and they will say nothing. That of their records? **By a vote of the tithe-collectors, these have been destroyed** (en latin : ' *Decreto decumanorum remotae sunt* '). How then shall I proceed? » (caractères gras ajoutés). Il est intéressant de constater que quand Cicéron fait référence au vote des *decumani* pour expurger les livres de la société, la traduction indique ici que ce sont les « *tithe collectors* » au lieu des « *directors* », ce qui n'est pas cohérent avec la traduction du passage concernant le vote lui-même que nous avons déjà vu, lequel réfère plutôt aux « *directors* » et donc adopte le point de vue que les *decumani* sont un conseil d'administration. Pourtant, Cicéron réfère bien ici à la réunion des *decumani* relatée au Livre II.

99. L.H.G. GREENWOOD, *Cicero : The Verrines Orations*, vol.2, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001 (réédité de 1935), p. 202-203 : « II III LXX 165 Gentlemen, his thefts of this government money were of the

achats de céréales, lesquelles sommes devaient lui être avancées par des sociétés. Le gouverneur, au lieu de prendre l'argent et de s'en servir pour effectuer les achats qu'il était censé faire, décida plutôt de laisser l'argent entre les mains des sociétés à titre de prêt, et leur chargea un taux d'intérêt de 24%, qu'il s'appropriait plutôt que de le remettre à l'État. Les sociétés s'y opposèrent : « Rend-nous ce montant ou remets-le à l'État! » fût leur position<sup>100</sup>. Cicéron se plaint alors que la réunion des *decumani* a fait disparaître *toutes* les traces des malversations de Verrès à cet égard – donc pas seulement celles relatives à la première société de publicains, mais aussi celles relatives aux autres sociétés de publicains mentionnées au Livre III<sup>101</sup>.

Or, si les *decumani* avaient été un simple conseil d'administration, leur décision n'aurait pas pu avoir cet effet. Par définition, un conseil d'administration est un organe interne et il n'a juridiction que sur sa propre société par actions; il peut expurger ses documents à elle mais pas ceux des autres sociétés. Il faut donc plutôt se rallier à la position de Badian, qui a suggéré (pour de toutes autres raisons, cependant) que les *decumani* étaient possiblement les chefs des publicains, lesquels auraient été mieux placés pour prendre une décision affectant plusieurs sociétés de publicains.

Il existe d'ailleurs un autre texte de Cicéron qui ne semble pas avoir été déjà invoqué à ce sujet mais qui tend lui aussi à confirmer le point de vue de Badian, soit le Pro Plancio, car Cicéron y présente un de ses clients, Plancius, un homme très en

---

three following kinds. In the first place, **the money being drawn from the hands of companies on whom he was to draw for its payment, he lent it to them – at 24 per cent.** (en latin : *'primum, cum posita esset pecunia apud eas societates under erat attributa, binis centesimis faeneratus est*). Secondly, to a great many cities he paid nothing at all for their corn. Finally, from any payment he did make to any city, he deducted as much as he liked, and never paid the full amount due to any of them. » (caractères gras ajoutés). Voir aussi E. BADIEN, préc., note 2, p. 77.

100. L.H.G. GREENWOOD, préc., note 98, p. 202, note du traducteur (a).

101. Voir la note 98.

vue dans la communauté d'affaires, en énumérant toutes les positions importantes occupées par celui-ci dans des sociétés<sup>102</sup>. Or, alors qu'il mentionne son statut de *magister* dans plusieurs d'entre elles, le titre de *decumani* n'apparaît nulle part dans sa liste. Si les conseils d'administration avaient existé, un homme tel que Plancius en aurait forcément fait partie, et le titre de *decumani* serait apparu dans la liste, ce qui n'est pas le cas. Par contre, ce qui est fort intéressant, c'est que cette liste commence par le titre de *princeps* des publicains, qui se traduit assez bien par chef des publicains, ce qui pourrait correspondre au chef des *decumani*, si on accepte la position de Badian à l'effet que ceux-ci sont les chefs des publicains – Plancius serait donc leur grand chef, ce qui est vraisemblable compte tenu à la fois de son statut social et aussi du rôle de représentant des intérêts des publicains qu'il semble avoir joué en leur servant de porte-parole relativement à la demande de rémission de prix des contrats concernant la perception des impôts en Asie. La liste du Pro Plancio pourrait donc alors être interprétée comme référant au grand chef des *decumani*.

Revenons maintenant à l'assemblée des *socii*. Tout comme les *decumani* ne sont pas ceux d'une seule société de publicains, je pense que les *socii* qui se sont rassemblés n'étaient pas non plus uniquement ceux de la première société de publicains. Il s'agit d'une possibilité qui ne semble avoir été envisagée par aucun des

---

102. N.H. WATTS, *Cicero : Pro Archia, Post reditum in senatu; Post reditum ad quirites; De domo sua; De haruspicum responsis; Pro Plancio*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1923, p. 447-448 « XIII 32 But since Plancius's character as a Roman knight is such, and his standing as a Roman knight of so long date, that his father, his grandfather, and all his ancestors were Roman knights, and occupied in a flourishing prefecture the highest position of prestige and social influence; that Plancius himself was a figure of outstanding brilliance among the Roman knights who were themselves the most gifted body to be found in the legions of the general Publius Crassus; and finally, that **he was a leading character among his fellow-burgesses, a conscientious and impartial critic of affairs, the promoter of important companies, and himself the director of very many** (en latin : '*ut postea princeps inter suos, plurimarum rerum sanctissimus et iustissimus iudex, maximarum societatum auctor, plurimarum magister*')" (caractères gras ajoutés).

auteurs ayant étudié le sujet jusqu'à présent. Pourtant, d'une part, l'assemblée des *socii* n'a rien en commun avec une assemblée d'actionnaires proprement dite. D'autre part, le livre II nous indique que c'était une tradition chez les publicains que de se réunir pour accueillir le gouverneur d'une province à son retour<sup>103</sup> (Cicéron relate d'ailleurs un cas similaire chez les publicains d'Éphèse<sup>104</sup>), et le livre III nous indique qu'il y a plus d'une société de publicains active en Sicile<sup>105</sup>. Il n'y a, à mon avis, aucune raison de penser que les *socii* des autres sociétés de publicains<sup>106</sup> n'ont pas observé la tradition: la « multitude » des *socii* dont il est question serait donc celle des *socii* de toutes les sociétés de publicains concernées et non d'une seule, qui seraient tous venus accueillir Verrès, ce qui serait cohérent aussi avec la réunion des chefs de tous les publicains ayant lieu immédiatement après. Disparaît ainsi la seule et unique attestation dont nous disposons d'une société de publicains à capital-actions largement dispersé.

En l'absence d'une telle attestation, il est bien difficile de conclure à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers. En effet, nous avons déjà vu que dans un contexte où les sociétés

---

103. Voir la note 97.

104. D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero : Letters to Atticus*, vol.2, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999, Lettre adressée à Atticus le 26 juillet 51 av. J.-C., Éphèse (Att V.13), p. 59. Voir aussi C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 313.

105. Voir la note 99.

106. Il est probable que les sociétés de publicains mentionnées dans le Livre III étaient actives en Sicile, où les avances de fonds devaient être effectuées au gouverneur. Nous partageons le point de vue de Nicolet sur ce point. Contrairement à Badian, ce dernier considère d'ailleurs que Cicéron décrit avec plus de précision au moins deux sociétés en charge de percevoir des impôts en Sicile, une qui perçoit de la *scriptura* et du *portorium* et l'autre de la *scriptura* et *sex publicorum*. La controverse persiste à ce sujet, mais même parmi les auteurs qui pensent qu'une seule société est décrite et que *portorium* et *sex publicorum* sont équivalents, certains reconnaissent qu'il y avait de toute façon plus d'une société de publicains active en Sicile dans la perception des impôts, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 133-134, note 55; S. DE LAET, préc., note 3, p. 68-69; C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 441 note 10.

sont à capital-actions plutôt fermé, il n'y a pas de véritable utilité à de telles institutions et que leur existence est donc beaucoup moins probable<sup>107</sup>.

### **1.3.4 La perception des impôts en Asie : plusieurs sociétés et non une seule**

Par ailleurs, plusieurs auteurs ont suggéré que certaines activités des *societates publicanorum* exigeaient d'importants capitaux et qu'elles devaient donc avoir eu un capital-actions dispersé afin de réunir ces capitaux<sup>108</sup>. À cet égard, la perception des impôts en Asie a souvent été donnée en exemple comme étant une des activités les plus importantes des publicains, et comme ayant été attribuée à une grande société de publicains<sup>109</sup>, ayant eu un capital-actions dispersé. Toutefois, ce n'est pas certain.

D'abord, Nicolet a certainement raison d'affirmer que non seulement il y avait plus d'une société de publicains en Sicile<sup>110</sup>, mais qu'il y en avait aussi sans doute plus d'une en Asie. Il est en effet difficile d'imaginer pourquoi les Romains auraient octroyé des contrats à plusieurs sociétés dans une petite province comme la Sicile, et n'auraient pas fait de même dans une grande province comme l'Asie. La correspondance de Cicéron et la *Lex portorii Asiae* semblent d'ailleurs toutes les deux confirmer le point de vue de Nicolet à cet égard.

En effet, Nicolet attire l'attention sur une lettre que Cicéron a adressé à son frère Quintus alors que ce dernier était gouverneur d'Asie (60 ou 59 av. J.-C., Qu Fr.I.1). Dans celle-ci, Cicéron explique essentiellement à son frère qu'être gouverneur,

---

107. Voir l'introduction.

108. Voir notamment E. BADIAN, préc., note 2, p. 32; T. FRANK, préc., note 3, p. 9; T. FRANK, 1933, préc., note 3, p. 155-156. Pour une discussion plus approfondie de cette question et une réfutation de ces arguments, voir la thèse de doctorat précitée note 1.

109. T. FRANK, 1927, préc., note 3, p. 194; S. DE LAET, préc., note 3, p. 74-75; T. MOMMSEN, 1854, préc., note 3, p. 788; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 250 et voir aussi 263 sur l'importance des revenus d'Asie.

110. Voir la note 106.

c'est marcher sur la corde raide et essayer de maintenir un équilibre entre le fait de ne pas déplaire aux publicains tout en les empêchant d'opprimer la population locale<sup>111</sup>. Selon lui, le plus grand défi d'un gouverneur romain, c'est de gérer sa relation avec les publicains<sup>112</sup>. Cette lettre concerne principalement la province d'Asie même s'il y est fait allusion aux provinces romaines en général. Cicéron la conclut en disant que les sociétés de publicains les plus importantes lui expriment constamment leur gratitude :

36 No doubt these exhortations are superfluous. You can do all this yourself without advice from anybody, in fact to a great extent you have done it already. **The most important and respectable companies are constantly expressing their gratitude to me** (en latin: '*gratias honestissimae et maximae societates*') (...). (caractères gras ajoutés) <sup>113</sup>

Il ne peut pas s'agir des sociétés de la province de Cilicie que Cicéron a gouverné puisque cette lettre est écrite plusieurs années avant qu'il n'ait été en poste dans cette province. Il pourrait s'agir des sociétés de publicains des provinces romaines en général, mais il est également fort probable, selon Nicolet, qu'il s'agisse plutôt des sociétés de publicains de la province d'Asie dont il est en train de parler<sup>114</sup>. Nous sommes d'accord avec lui, d'autant plus que ces dernières auraient des raisons de lui être particulièrement reconnaissantes, compte tenu de l'appui que Cicéron a manifesté aux publicains dans la querelle relative à la rémission de prix du contrat de perception des impôts demandée par les publicains d'Asie au Sénat, qui a commencé en 61 av. J.-C., soit l'année précédant cette lettre à Quintus. Dans ce cas,

- 
- 111. D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero : Letters to Quintus and Brutus; to Octavian; Invectives; Handbook on electioneering*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 2002, p. 11 (Qfr I 1 6 et 7) ainsi que p. 29 (Qfr I 1 26).
  - 112. D.R. SHACKLETON BAILEY, préc., note 111, p. 33-37 (Qu fr I 1 31 à 35. Sur cette lettre, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 80-81.
  - 113. D.R. SHACKLETON BAILEY, préc., note 111, p. 33-37.
  - 114. C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 313.

comme Nicolet le souligne, il n'y aurait pas une mais plusieurs sociétés de publicains en Asie, donc la société dont Terentius Hispo a été le *pro magister* en Asie et dont il est question dans une autre lettre de Cicéron ne percevrait pas nécessairement toute la *scriptura* et tous les *portorium* d'Asie, mais bien plutôt une portion de ces impôts, pour un ou des secteurs géographiques précis<sup>115</sup>.

- 
115. D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero : Letters to Atticus*, vol.3, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999, Lettre adressée à Atticus le 19 janvier 47 av. J.-C. (XI.10), p. 214-215; « Att XI.10 (...) My friend P. Terentius Hispo had a job as managing director of the customs and pasture rents company in Asia (en latin : '*P. Terentius, meus necessarius, operas in portu et scriptura Asiae pro magistro dedit*'). ». Par ailleurs, il existe une autre société dans laquelle Terentius Hispo a été impliqué et dont certains historiens concluent que c'est la même simplement parce qu'il s'agit d'un même *quinquennium*, bien que l'année soit différente (51 av. J.-C.), voir D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero : Letters to Friends*, vol.2, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001, p. 59-61; voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 76. Comme cette seconde lettre est adressée au propréteur de Bythinie, plusieurs ont conclu que la lettre concernait cette province de Bythinie plutôt que l'Asie et que cela impliquait qu'il y avait donc une seule société de publicains pour l'Asie et la Bythinie. Toutefois, il n'y a rien qui nous permette de tenir pour acquis qu'un *pro magister* devait nécessairement être en poste dans la même société pendant cinq ans. Ce n'est attesté nulle part. Ce qui est au contraire attesté, c'est que le *magister* changeait régulièrement (certains historiens, incluant Badian lui-même, pensent qu'il était élu annuellement, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 73). Il n'y a aucune raison de supposer qu'il n'en était pas de même pour le *pro magister*. Si on compare le *pro magister* à un dirigeant, il n'y a aucune raison de penser qu'il n'aurait pas pu aller travailler dans une société différente et même concurrente de la première, surtout que le poste dans la seconde société est susceptible de représenter une promotion (l'Asie étant une province plus importante que la Bythinie et P. Terentius ayant été mis en charge de la perception de deux impôts différents). Nicolet, qui pense qu'il s'agissait de deux sociétés différentes, nous semble donc avoir raison, non seulement pour les raisons qu'il invoque mais aussi pour celle que nous venons de mentionner, voir C. NICOLET, 1975, préc., note 2, p. 373-374.
- Par ailleurs, il ne nous paraît pas automatique non plus que la société de Bythinie dont il est question dans une troisième lettre de Cicéron (Ad Fam XIII 9, dans le vol. 2 de Shackleton-Bailey mentionné ci-dessus, p. 68-71) était la même que celle de la seconde lettre ni qu'elle était la seule en charge de percevoir des impôts en Bythinie non plus. Premièrement, il n'y a rien dans cette troisième lettre qui précise la nature de ses activités dans cette province – il n'est même pas spécifié qu'il s'agit de perception d'impôts, bien que ce soit probable, et encore moins de quels type d'impôts il s'agit (il ne

faut pas oublier que des sociétés de publicains ont eu d'autres activités dans les provinces, par exemple la *Lex Portorii Asiae* atteste de l'existence d'une société de publicains qui exploitait une mine en Asie). Deuxièmement, s'il y avait plusieurs sociétés en Sicile et en Asie, il est peu probable que cela n'ait pas aussi été le cas en Bythinie. Troisièmement, il y a un passage dans cette troisième lettre que les auteurs ont généralement interprété comme signifiant que cette société était un consortium de toutes les autres de sorte qu'elle résultait d'une sorte de fusion desdites autres sociétés (i.e. en d'autres termes, il y aurait eu plusieurs sociétés en Bythinie et elles auraient toutes fusionné ensemble; la controverse entre les auteurs actuellement ne porte pas quant à savoir s'il y avait une seule société en Bythinie ayant résulté de cette fusion mais plutôt sur la question de savoir s'il ne s'agissait pas d'une seule société non seulement pour la Bythinie mais pour l'Asie, hypothèse de Laurent-Vibert adoptée par Badian et Balsdon mais fermement rejetée par Nicolet, tel que discuté plus haut, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 107 et C. NICOLET, 1975, loc.cit., note 2, p. 377; C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 313-314). Toutefois, à notre avis, cette troisième lettre n'établit pas forcément qu'il y avait une seule société chargée de la perception des impôts de Bythinie. Il existe une autre explication de ce passage, potentiellement plus simple: les autres sociétés ont continué d'exister (autrement, il ne serait pas nécessaire pour Cicéron de les mentionner, il indiquerait plutôt qu'elles ont été remplacées par une nouvelle grande société); elles ont simplement formé une association d'affaires entre elles parce qu'elles avaient des intérêts communs à faire valoir vis-à-vis de l'État (ce ne serait pas la première fois que les publicains agiraient de concert; on les a vus agir de la sorte dans l'épisode de la fraude Pyrgensis relative à l'approvisionnement des armées en Espagne, et aussi relativement à la rémission de prix des contrats de perception d'impôt en Asie qui a été demandée au Sénat). Voici le texte de cette troisième lettre, tirée du vol. 2 de Shackleton-Bailey mentionné ci-dessus, p. 68-71: "XIII 9 I have already recommended **the Company of Bythinia** (en latin: *socios Bythiniae*; note : donc ici, ça ne devrait être les associés plutôt que la compagnie pour une traduction littérale) to you in person as strongly as I could; and it was evident to me that of your own volition as well as in consequence of my recommendation you were anxious to accommodate **the Company** (en latin: *societati*) in any way in your power. However, since those concerned consider it very much to their advantage that I should also declare to you by letter my friendly disposition in their regard, I have not hesitated to write these lines.

I have always been very ready to study the interests of **the tax farmers as a class** (en latin: *ordini publicanorum*), which is only right in view of the important services they have rendered me. But I should like to make it clear to you that I have a special regard for this **Company of Bythinia** (en latin: *Bythinicae societati*). **The quality of the membership in itself makes the Company an important section of the community (it is a consortium of**



Par ailleurs, à mon avis, il faut ajouter à l'argumentation de Nicolet que la notion qu'il existait plus d'une société en charge de percevoir les impôts en Asie est également concordante avec la *Lex portorii Asiae*. D'abord, cette loi ne concerne pas tous les impôts d'Asie, mais seulement les *portoria*<sup>116</sup>. S'il avait été envisagé de confier la perception de tous les impôts d'Asie à une seule société de publicains, la logique aurait été de traiter tous les impôts (*scriptura*, *portoria* et autres) dans la même loi. Tel que remarqué par Rowe, la loi aurait aussi sans doute mentionné la société de publicains concernée<sup>117</sup>. Or, ce n'est pas ce qui a été fait.

Ensuite, la loi vient remettre en question la notion, chère à de nombreux historiens et juristes, que la perception des impôts en Asie était une affaire qui devait forcément être réservée à une seule très grande société de publicains ayant les reins financièrement solides en raison des importants capitaux exigés

---

**all the other companies)** and, as it happens, it contains a great many very good friends of mine (en latin: *quae societas ordine ipso hominum genere pars est maxima civitatis (constat enim ex ceteris societatibus)*). I would also mention one of them in particular who has a special responsibility at the present time, namely **the Chairman** (en latin: *magister*), P. Rupilius, son of Publius, of the Tribe Menenia.

In view of the above, let me particularly request you to give your most generous support to the **Company's agent**, Cn. Pupius, assisting him in every way you can (en latin: *in maiorem modum a te peto Cn Pupius, qui est operis eius societatis*). I hope you will ensure, as you easily can, that his employers (en latin : *sociis*, donc ça devrait être les associés pour une traduction littérale) are thoroughly satisfied with his services, and will be good enough to protect and further their business interests (en latin : *sociorum*, donc ceux des associés) as far as possible – and I am not unaware how much a Quaestor can do in that direction. I shall be greatly beholden. I can also promise and guarantee from experience that if you oblige the **Company of Bythinia** you will find that **its members** have good and grateful memories (en latin: *socios Bythiniae*)”

116. M. COTTIER, M.H. CRAWFORD, C.V. CROWTHER, J.-L. FERRARY, B.M. LEVICK, O. SALOMIES, M. WÖRRLE, *The Customs Law of Asia*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 127; C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 351 et suiv. et p. 355.

117. M. COTTIER et al., préc., note 116, p. 238-239.

pour se livrer à cette activité<sup>118</sup>. La loi précise en effet au contraire que les publicains n'avaient pas à fournir tous les capitaux et actifs requis pour se livrer à ladite activité. Elle indique que les stations douanières qu'utilisait le roi d'Asie avant la conquête romaine doivent être remises au publicain en charge de la perception du *portorium* dans une localité donnée<sup>119</sup>. Il est probable aussi, selon certains historiens, que les esclaves qui étaient utilisés par le roi ont également été mis à la disposition du publicain<sup>120</sup>.

Rappelons que les Romains se sont mis à percevoir les impôts en Asie à la place du roi Attales dès 123 av. J.-C. parce que ce dernier leur a légué son royaume par testament en 133 av. J.-C.<sup>121</sup>. Il est logique que les Romains aient en Asie adapté un système douanier qui était déjà en place (comme cela a été le cas dans d'autres provinces romaines<sup>122</sup>) et qu'ils aient fait usage des

118. E. BADIAN, préc., note 21, p. 63 et 69; T. FRANK, 1927, préc., note 3, p. 194; S. DE LAET, préc., note 3, p. 74-75; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 250 et 263.

119. M. COTTIER et al., préc., note 116, p. 39, art. 31 de la *Lex Portorii Asiae*: «31. (...) he is to have up to one building (in all these cities and places) for the sake of (declaration?) or registration or habitation », et art. 67 de la *Lex Portorii Asiae*: « 67. With respect to the buldings and royal (staging posts) which king Attalus the son of Eumenes had for the purpose of exaction of *telos*, (the *publicanus*) is to use (them) (as he (the king) did); and he is to hand over *uiri boni arbitratu* to (the incoming) *publicanus* whatever of these he may take over. »

120. M. COTTIER et al., préc., note 116, p. 217 (chapitre de Corbier intitulé « *Lex Portorii* and Financial Administration ») et p. 287 (chapitre de Von Nijf intitulé « Social World of the Tax Farmers »).

121. E. BADIAN, préc., note 2, p. 60.

122. À titre d'exemple, la Sicile, l'Espagne et la Macédoine avaient toutes un système fiscal établi sur la base de l'ancien système fiscal local.

Pour la Sicile, les dîmes frumentaires étaient perçus conformément à une ancienne loi locale, la Loi de Hiéron, voir J. CARCOPINO, 1914, préc., note 95, p. 77-78; T. FRANK, 1927, préc., note 3, p. 193; H. HILL, préc., note 32, p. 55; S. DE LAET, préc., note 3, p. 66-67; C. NICOLET, 1991, préc., note 2, p. 249; A.J. TOYNBEE, préc., note 5, p. 222.

Pour la province d'Espagne, conquise de Carthage en 197 av. J.-C., Rome avait allégé les impôts anciennement perçus par les Carthaginois pour favoriser un sentiment d'allégeance de la population envers Rome et ces impôts étaient perçus sans l'aide des publicains, P.A. BRUNT, 1988, préc.,

actifs déjà en place (édifices et personnel) qui étaient antérieurement utilisés par le roi. Cette pratique a sans doute commencé dès le début.

Ceci implique qu'alors que les historiens et les juristes qui ont écrit sur l'organisation juridique des *societates publicanorum* ont généralement, jusqu'ici, tenu pour acquis que les publicains fournissaient tout le capital requis afin de procéder à la perception des impôts, ceux-ci ont plutôt dès le départ hérité en Asie d'actifs et d'un personnel déjà en place. La République romaine mettait ces actifs à la disposition de ceux à qui elle octroyait les contrats de perception d'impôts. La loi précise d'ailleurs que lorsque le contrat d'un publicain prenait fin, il devait remettre le contrôle de ces actifs au publicain s'étant vu octroyer le contrat suivant<sup>123</sup>. Ça ne veut pas dire que le publicain concerné n'arrivait pas aussi avec sa propre cohorte d'esclaves, mais cela signifie définitivement qu'il ne partait pas à zéro.

---

note 3, p. 167; T. FRANK, 1927, préc., note 3, p. 193; H. HILL, préc., note 32, p. 56-57.

Pour ce qui est de la Macédoine, devenue province romaine en 148 av. J.-C., Rome conserva les impôts en place mais les allégea afin de gagner la loyauté de la population conquise : le peuple dût payer aux Romains un tribut égal à la moitié de celui qu'il payait à son roi. Il semblerait qu'il n'y avait pas de *scriptura* perçue par les publicains. On sait par ailleurs qu'il existait des *portorium* dans cette région avant la conquête romaine. Pour De Laet, il est raisonnable de penser que Rome les a repris à son profit, mais on ne dispose d'aucun texte formel à ce sujet; Badian croit plutôt que Rome a choisi de ne pas percevoir ces *portorium*. E. BADIAN, préc., note 2, p. 41 et 79; S. DE LAET, préc., note 3, p. 70; J.A.O. LARSEN, « Roman Greece », dans Frank TENNEY (Dir.), *An economic survey of ancient Rome*, vol. VI, New York, Octagon Books, 1975, p. 259 à la p. 296. On pourrait continuer l'examen avec les autres provinces romaines, mais de toute façon, cet aperçu suffit pour nous permettre de constater que l'organisation fiscale n'était pas identique d'une province à l'autre et que les Romains n'hésitaient pas à reprendre à leur compte un système fiscal déjà en place. Il n'y a pas de raison de penser qu'en gens pratiques qu'ils étaient, ils n'en ont pas fait autant en Asie et n'ont pas tiré partie des actifs disponibles.

123. Voir la note 119.

Si on y pense, le contraire n'aurait eu aucun sens du point de vue de la République romaine, qui serait rapidement devenue à la merci de la société de publicains en charge de percevoir les impôts en Asie. Celle-ci aurait été la seule à détenir l'expertise et les ressources nécessaires pour se livrer à la perception des impôts de cette province et aurait donc pu extorquer pratiquement n'importe quoi comme rémunération à l'État romain<sup>124</sup>. Or, on sait que ce n'était pas la situation qui prévalait, puisque l'affaire de la rémission de prix des contrats d'Asie n'était pas gagnée d'avance pour les publicains: elle a été l'occasion d'une véritable lutte au Sénat entre Caton et eux<sup>125</sup>. Cette lutte n'aurait probablement pas eu lieu si une seule société de publicains avait été en charge de la perception de tous les impôts d'Asie – l'État aurait été à sa merci. D'ailleurs, il n'est jamais question, dans les textes qui relatent cette affaire, d'une société de publicains en particulier, mais bien des publicains collectivement<sup>126</sup>. La *Lex*

124. P.A. BRUNT, 1990, préc., note 34, p. 369; M. COTTIER et al., préc., note 116, p. 147

125. Voir la note 65.

126. Voir notamment H. GROSE HODGE, *Cicero – Orations (Pro Lege Manilia, Pro Caecina, Pro Cluentio, Pro Rabirio Perduellonis)*, Cambridge (MA), Harvard Press University, 2000 (8<sup>e</sup> éd.), Pro Lege Manilia, VII, 18 p. 29: « VII 18 (...) For in the first place the subsequent recovery of our taxes through victory makes little difference once the tax-farmers are lost; **for the individuals in question will lack the power to buy the contract owing to their ruin** and any others the inclination owing to their fear. »; D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero : Letters to Atticus, vol.I*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 2006, p. 99-101, Lettre adressée à Atticus, 5 décembre 61 av. J.-C. (Att I.17) : « I, 17, 9 : (...) **The farmers who bought the Asiatic taxes from the Censors complained in the Senate that they had been led by overeagerness into making too high an offer and asked for the cancellation of their contract.** » (caractères gras ajoutés); Lettre adressée à Atticus, 3 juin 60 av. J.-C. (Att II 1), p. 133-135 : « II.1 (...) **Could anything be more shameless than the tax farmers repudiating their contract?** » (caractères gras ajoutés). P.A. BRUNT, 1990, préc., note 34, p. 362, est d'avis que le premier passage susmentionné indique que la société est l'adjudicataire du contrat mais il n'est pas clair que c'est le cas. La version latine du premier passage « *Asiam qui de censoribus conduxerunt questi sunt in senatu se cupiditate prolapsos nimium magno conduxisse; ut induceretur locatio postulaverunt* » ne mentionne pas de société. Elle semble référer à un seul contrat; mais la version latine du second passage, qui concerne

*Portorii Asiae* confirme plutôt que la République romaine contrôlait au moins une partie des actifs nécessaires à la perception des impôts, ce qui faisait en sorte qu'elle n'était pas à la merci d'un seul adjudicataire possible et que le processus d'enchères par lequel les contrats publics étaient traditionnellement octroyés pouvait suivre son cours normal<sup>127</sup>.

De plus, il existe un autre article dans la loi qui précise que l'adjudicataire du contrat n'a pas à payer à l'État le prix du contrat au moment de l'adjudication mais bien plutôt par versements annuels, le premier de ces versements devant avoir lieu un ou deux ans après l'adjudication, ce qui laissait amplement le temps au publicain de percevoir des impôts et donc d'accumuler un montant suffisant pour effectuer ses versements<sup>128</sup>. Ceci confirme que le publicain n'avait pas à

---

le même épisode, « *quid impudentius publicanis renuntiatibus* », pourrait désigner un ou plusieurs contrats et parle des publicains au pluriel et non d'une société en particulier qui serait l'adjudicataire. De toute façon, même s'il y avait un seul contrat, il pourrait y avoir plusieurs parties (on a un exemple de cela dans le contrat de travail public de la Voie Caecilia qui est un contrat unique adjudgé à quatre publicains différents, chacun étant en charge d'une portion de la construction de la route, voir E.H. WARMINGTON, *Remains of old latin, archaic inscriptions*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000 (réédition de 1940), p. 181 inscriptions no. 43, CIL I<sup>2</sup> 808. En effet, le contrat établit chaque fois quel est le travail à faire, combien il coûte, puis donne le nom de l'entrepreneur individuel et indique qu'il a contracté avec le questeur. Autrement dit, c'est une série d'engagements individuels inscrits les uns à la suite des autres sur la tablette de pierre pertinente. On pourrait très bien imaginer un seul contrat concernant la perception d'impôts mais fragmenté entre plusieurs publicains, chacun étant en charge de la perception d'impôt dans un district particulier, comme c'était le cas pour la construction de la Via Caecilia).

127. À ce sujet, voir aussi C. NICOLET, 2000, préc., note 2, p. 310 et 313.

128. M. COTTIER et al., préc., note 116, p. 67, 143 et 219 (article 99 de la *Lex Portorii Asiae*). Il est vrai que cet article, contrairement aux autres que nous avons mentionnés, date du début de l'Empire (17 av. J.-C., alors que la République a pris fin en 27 av. J.-C.), mais il est suffisant rapproché de la République dans le temps pour qu'il soit possible qu'il reflète une situation qui existait déjà à cette époque. La *Lex Portorii Asiae* n'est en effet pas conçue comme une loi moderne, à laquelle un

rassembler tous les capitaux nécessaires à l'activité de perception d'impôts et au paiement du contrat avant même d'entreprendre l'activité. Bref, la *Lex Portorii Asiae* révèle que les besoins en capitaux de démarrage des publicains étaient bien moindres que ce que les historiens ont imaginé.

Le fait qu'il existait sans doute plusieurs sociétés de publicains à l'époque de Cicéron qui se répartissaient la perception des impôts en Asie, qu'une partie des actifs nécessaires à la perception de ces impôts (bâtiments, esclaves) étaient fournis par la République romaine et que les publicains n'avaient pas à payer l'État pour le contrat au moment de l'adjudication mais plutôt un an ou deux plus tard, rend moins probable l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers.

Les historiens qui imaginent d'immenses besoins en capitaux pour une seule société de publicain en charge de la perception de tous les impôts d'Asie sont en effet excusables de penser tout naturellement à une Bourse ou à un réseau de courtiers et à l'émission de *partes* au public pour financer de telles activités.

Mais il faut reconnaître que non seulement, comme Nicolet l'a signalé, ce n'est pas ce qui ressort de la correspondance de Cicéron, mais que de plus, tel qu'expliqué ci-dessus, ce n'est pas non plus la situation que la *Lex Portorii Asiae* envisage. À mon avis, la *Lex Portorii Asiae* porte un coup pratiquement fatal aux arguments de ceux qui soutiennent qu'il existait nécessairement une seule grande société de publicains en charge de la perception des impôts d'Asie et que celle-ci devait nécessairement réunir d'immenses capitaux.

---

amendement suggérerait plutôt que la situation antérieure était différente.

### **1.3.5 Le Pro Lege Manilia : un repaire de prêteurs et non une Bourse**

Le dernier texte de Cicéron qui est parfois invoqué relativement à la question de l'existence d'une Bourse est le Pro Lege Manilia, dans lequel certains voient le compte-rendu du premier krach boursier de l'histoire.

Dans ce discours, Cicéron plaide devant le Sénat romain que la situation en Asie est telle qu'elle requiert la nomination de Pompée comme général. Mithridate, argue-t-il, a commis plusieurs atrocités encore impunies en Asie et il est essentiel d'intervenir et de défendre cette province car elle est très riche et l'insécurité qui y règne suffit à faire s'évaporer les revenus que Rome en retire grâce notamment à la perception des impôts<sup>129</sup>. Cicéron indique aux sénateurs qu'ils ne peuvent pas ignorer les intérêts privés des citoyens qui y ont investi pour se livrer à cette perception des impôts sans ruiner en même temps tout l'État romain<sup>130</sup>. À son avis, de la fortune des publicains dépendent non seulement les revenus fiscaux de Rome, mais aussi la fortune de bon nombre de citoyens romains<sup>131</sup>. Cicéron précise qu'il ne faut pas oublier que Mithridate a provoqué l'effondrement de tout le système de crédit et de finance situé dans le Forum romain. Certains auteurs décrivent cet épisode comme le premier krach boursier de l'histoire<sup>132</sup>.

---

129. Voir notamment le passage suivant, H. GROSE HODGE, préc., note 126, p. 27-31 (Pro Lege Manilia VI 14).

130. H. GROSE HODGE, préc., note 126, p. 11-12. Voir aussi, p. 19 : II 6 : « ...it involves the property of many citizens whose interests you are bound to consult both for their own sake and the sake of the commonwealth »

131. Badian considère que cette référence générale aux citoyens romains implique un capital-actions dispersé, voir E. BADIAN, préc., note 2, p. 97. Toutefois, la suite du passage, qui réfère au système de crédit situé dans le Forum romain, montre bien que rien n'est moins certain. Voir aussi H. GROSE HODGE, préc., note 126, p. 19 : II 6 : « ...it involves the property of many citizens whose interests you are bound to consult both for their own sake and the sake of the commonwealth », mais là aussi c'est une référence très générale.

132. G. DE ANTONELLIS, préc., note 7, p. 24; L. BELZE et P. SPIESER, préc., note 7, p. 64; P. -J. LEHMAN, préc., note 7, p. 14. Le passage concerné est le

Il est bien évident que si les publicains ont perdu de l'argent en Asie, et qu'ils y étaient organisés sous forme de

---

suivant, H. GROSE HODGE, préc., note 126, p. 29: « VII 17 There is still another point which, when starting out to discuss the nature of the war, I decided to keep to the end – a point of which you must not lose sight : I mean the fact that there are many Roman citizens whose property is affected by this war; and wise men like yourselves know that their interests demand careful consideration. For in the first place the honourable and distinguished men who farm our revenues (en latin : *'publicanī'*) have transferred their business and their resources to that province, and their interests and fortunes ought, on personal grounds, to be your concern. For if we have always held that our revenues are the sinews of the commonwealth, then we shall assuredly be right in saying that the class which farms the revenues is the mainstay of the other classes.

18. Moreover, of those other classes there are men of energy and industry who are some of them personally engaged in business in Asia, and you ought to consult their interests in their absence; while others have vast sums invested in that province. Your humanity therefore enjoins that you should save this large body of citizens from ruin, and your wisdom shows you that the State cannot but be involved in the ruin of many of its citizens. For in the first place the subsequent recovery of our taxes through victory makes little difference once the tax-farmers are lost; for the individuals in question will lack the power to buy the contract owing to their ruin and any others the inclination owing to their fear.

**19. In the second place we ought assuredly to remember the lesson which we learned from this same Mithridates at the beginning of the Asiatic war, since we were taught it through disaster. For, coinciding with the loss by many people of large fortunes in Asia, we know that there was a collapse of credit at Rome owing to the suspension of payment. It is, indeed, impossible for many individuals in a single State to lose their property and fortunes without involving still greater numbers in their own ruin.** Do you defend the commonwealth from this danger; and believe me when I tell you – what you see for yourselves – that **this system of credit and finance which operates at Rome, in the Forum, is bound up in, and depends on capital invested in Asia; the loss of the one inevitably undermines the other and causes its collapse.** (en latin : *'A quo periculo prohibete rem publicam et mihi credite, id quod ipsi videtis, haec fides atque haec ratio pecuniarum, quae Romae, quae in foro versatur, implicata est cum illis pecuniis Asiaticis et cohaeret; ruere illa non possunt, ut haec non eodem labefacta motu coincidant'*). Bethink you, therefore, whether you should hesitate to throw yourselves with the utmost enthusiasm into a war to defend the honour of your name, the well-being of your allies, the most important of your revenues and – a thing in which the commonwealth is closely concerned – the fortunes of so many citizens. » (caractères gras ajoutés).



sociétés, les *partes* de ces sociétés ont dû voir leur valeur décliner. Il est donc possible que ce à quoi Cicéron fait allusion ici soit effectivement une sorte de krach boursier et si c'était le cas, cela tendrait à confirmer qu'il existait au Forum une sorte d'équivalent antique de la Bourse. Cependant, il ne faudrait pas pour autant prendre pour acquis que c'était la même chose au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. et que c'est de cela que Plaute parle dans le passage dont nous avons déjà discuté. Pour les raisons déjà données, ce ne serait pas nécessairement le cas.

De toute façon, il existe aussi une autre possibilité, qui découle à la fois du reste du discours de Cicéron et des termes précis employés dans ce passage. Le passage ne nous dit pas que les gens qui ont investi en Asie ont perdu de l'argent, il nous dit qu'il existe un système de crédit à Rome qui a cessé de fonctionner parce que beaucoup de gens ont perdu une fortune en Asie. Une Bourse n'est pas un système de crédit. Par contre, l'octroi de prêts à intérêt était une activité pratiquée par les gens riches à Rome et il va de soi que leurs revers de fortune ont dû avoir pour conséquence qu'ils avaient moins de capitaux à prêter et qu'ils se montraient plus exigeants envers leurs débiteurs. Bref, ce à quoi Cicéron ferait spécifiquement allusion ici, c'est à une crise du crédit et non à l'existence d'une Bourse au Forum. Évidemment, comme nous venons nous-mêmes de le vivre, un krach boursier et une crise du crédit peuvent très bien se produire ensemble. Mais si, comme nous venons de le voir, c'est bien à une crise du crédit que Cicéron fait spécifiquement allusion, alors ce passage ne confirme pas l'existence d'un équivalent antique de la Bourse dans le Forum. Par contre, d'autres textes que nous allons examiner confirment que le repaire des prêteurs (et donc le centre du crédit) était au Forum.

Ceci complète notre survol des éléments de preuve habituellement invoqués par les historiens et juristes à l'appui de l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers sous la République. Comme on peut le voir, ils ne sont pas concluants.

### **1.3.6 Textes additionnels : Philippiques, Pro Sestio, Lex Agraria, Paradoxa Stoicorum, De Officiis**

Il existe quelques autres textes de Cicéron qui sont pertinents par rapport à cette question et qui ne semblent pas avoir déjà été examinés à ce sujet. D'une part, ils viennent confirmer que ce qui existait au Forum était un repaire de prêteurs, ce qui confirme qu'il est raisonnable d'interpréter le *Pro Lege Manilia* comme référant à un système de crédit et non à un marché boursier.

D'autre part, il est intéressant de constater que tant Caton l'Ancien au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. que Cicéron au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. ont écrit des manuels traitant des diverses manières de s'enrichir et ni l'un, ni l'autre n'ont mentionné l'acquisition de *partes* dans les sociétés de publicains, alors qu'ils étaient très familiers tous les deux avec le système d'octroi de contrats publics aux publicains (Caton l'Ancien était censeur et a été en conflit avec eux et Cicéron entretenait des rapports très proches avec plusieurs d'entre eux; il parle d'ailleurs du métier de publicain dans son traité). Si investir dans les sociétés de publicains avait été une méthode habituelle de s'enrichir, nul doute qu'ils en auraient traité. On ne peut pas utiliser l'argument que le lecteur auquel ils destinaient leurs écrits était sans doute un sénateur comme eux et qu'il était interdit à ces derniers de participer au système de contrats publics, puisque Cicéron traite desdits contrats publics dans son traité comme manière de s'enrichir, tout en indiquant qu'il s'agit d'une occupation vulgaire. Examinons donc rapidement ces quelques textes supplémentaires.

D'abord, dans plusieurs extraits des oeuvres de Cicéron, on retrouve dans la traduction anglaise une référence à l'« Exchange ». Il s'agit toutefois généralement d'un lieu consacré aux activités des prêteurs d'argent et il semble se trouver dans le Forum, ce qui confirmerait l'interprétation du *Pro Lege Manilia* déjà proposée. En effet, dans la plaidoirie « *Pro Sestio* » (56 av. J.-C.), le traducteur fait référence au « Exchange » dans un passage où Cicéron rapporte que Clodius était en mauvais termes avec les

prêteurs d'argents usuriers qu'on retrouvait au Forum car il était endetté à leur égard<sup>133</sup>. Le mot « Exchange » est utilisé pour traduire le mot *puteali*; selon le traducteur, le *Puteal Libonis* ou *Scribonianum* était le repaire des prêteurs d'argent et avait été construit dans le Forum<sup>134</sup>.

Il existe aussi un autre passage, situé cette fois dans le premier discours de Cicéron sur la loi agraire (63 av. J.-C.), où Cicéron se plaint de l'incertitude que la législation proposée provoque dans les marchés financiers<sup>135</sup>. Ce passage confirme lui aussi clairement que les activités de crédit étaient centralisées au Forum, comme le « Pro Sestio ».

De même, dans les Philippiques (44-43 av. J.-C., des discours prononcés par Cicéron après l'assassinat de César, où il attaque féroceMENT Marc-Antoine)<sup>136</sup>, on retrouve plusieurs fois le mot « Exchange » et il semble bien encore une fois désigner le repaire des prêteurs d'argent, même si le mot latin traduit par « Exchange » n'est pas le même. Ainsi, la sixième philippique inclut des attaques contre Marc-Antoine, qui s'est fait ériger plusieurs statues, dont une serait apparemment un cadeau de

---

133. R. GARDNER, *Cicero : Pro Sestio; In Vatinius*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001, p. 57-59: « VIII 18 (...) puffed up with rage **against the Exchange** and the herds of usurers, who had once driven him to take refuge in the harbour of a tribunate from the danger of being stuck up on the Column in a sea of debt » (en latin : '*puteali et faeneratorum gregibus inflatus, a quibus compulsus olim, ne in Scyllaeo illoaeris alieni tamquam in fretu ad columnam adhaeresceret, in tribunatus portum perfugerat*') (caractères gras ajoutés)

134. R. GARDNER, préc., note 133, p. 56.

135. John Henry FREESE, *Cicero : Pro Publio Quinctio, Pro Sexto Roscio Amerino, Pro Quinto Roscio Comodeo, De Lege Agraria*, 7<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000, p. 363: « I VII 23 (...) You have handed me over a state agitated by suspicion, hesitating through fear, upset by your laws (...) **you have banished credit from the forum** (...) » (caractères gras ajoutés)

136. Walter C.A. KER, *Cicero : Philippics*, 10<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 2006.

l'« Exchange »<sup>137</sup>. Dans la septième philippique<sup>138</sup>, Cicéron rapporte que Marc-Antoine s'est fait reconnaître comme patron des chevaliers et du « Exchange »<sup>139</sup>. Dans ces deux Philippiques, l'expression latine qui est traduite par « Exchange » est *Ianus medius*. Il n'y a aucune explication sur le choix du traducteur d'utiliser le mot « Exchange » pour traduire *Ianus medius*. Ce n'est pas la même expression qui avait été traduite par ce mot dans le Pro Sestio étudié un peu plus haut (où c'était *Puteal Libonis*). L'expression *Ianus medius* signifie mot-à-mot « le Janus situé au milieu (entre les deux autres Janus) »; elle désigne un passage au Forum où se tenaient les banquiers. Elle est donc susceptible de désigner le repaire de ceux qui accordent du crédit. De plus, compte tenu que la sixième philippique mentionne une question d'emprunt ("Who in the Exchange has ever been discovered to debit Lucius Antonius with a thousand sesterces"), il est plus probable qu'elle désigne une organisation ou un repaire de banquiers qu'une Bourse.

Ces textes supplémentaires n'étaient donc pas l'idée qu'il existait une Bourse dans le Forum; il semble qu'il s'agissait plutôt d'un repaire de prêteurs. À ces textes, il faut ajouter deux discours philosophiques de Cicéron qui sont susceptibles de jeter de la

---

137. Walter C.A. KER, préc., note 136, p. 328-329: « VI V 15 But one statue takes the palm : if the times had been better, I could not without a laugh have quoted : 'From the **Exchange** to Lucius Antonius its patron.' So? The **Exchange** is part of the clientèle of Lucius Antonius? Who in the **Exchange** has ever been discovered to debit Lucius Antonius with a thousand sesterces? (en latin : '*Sed illa statua palmaris, de qua, si meliora tempora essent, non possem sine risu dicere : 'L. Antonio a **Iano Medio** Patrono'. Itane? **Ianus medius** in L. Antoni clientela est? Quis umquam in illo **Iano** inventus est qui L. Antonio mille nummum ferret expensum?* » (caractères gras ajoutés).

138. Walter C.A. KER, préc., note 136, p. 335.

139. Walter C.A. KER, préc., note 136, p. 351: « VII VI 16 (...) Lucius will be the dominant partner; for he is (...) **the patron of the centuries of Roman knights** (en latin : '*patronus centuriarum equitum Romanorum*'), whom he also wished to be without votes; (...) **the patron of the Exchange** (en latin : '*patronus Iani medii*'). Who will be able to bear against this man's power (...) Who ever had as clients all the tribes? the Roman knights? » (caractères gras ajoutés).

lumière sur la question de savoir s'il existait une Bourse à Rome ou non, parce qu'ils traitent des méthodes par lesquelles on peut s'enrichir.

Le premier est le « Paradoxa Stoicorum » (46 av. J.-C.), soit un bref exposé des principes de l'école philosophique stoïque, que Cicéron semble avoir composé pour son amusement personnel, sans nécessairement adhérer aux points de vue exprimés<sup>140</sup>. Ces principes étaient paradoxaux, d'où le titre de l'ouvrage. Le paradoxe qui nous intéresse est le sixième, « That the wise man alone is rich », parce que dans sa discussion de ce qu'est la vraie richesse, Cicéron semble indiquer que les contrats publics (donc ceux accordés aux publicains) sont une manière honorable de s'enrichir<sup>141</sup>.

---

140. Lesquels sont attaqués dans plusieurs de ses autres oeuvres. H. RACKAM, *Cicero : On the orator, book 3; On Fate; Stoic Paradoxes; Divisions of Oratory*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2004 (réédité de 1942), p. 252-253.

141. H. RACKAM, préc., note 140, p. 297-299 : « VI 46. **For just as we are aware that those who seek wealth in an honourable manner, by mercantile enterprises or by undertaking contracts or farming taxes, require to gain money** (en latin : '*Nam ut eis qui honeste rem quaerunt mercaturis faciendis, operis dandis, publicis sumendis, intellegimus opus esse quaesito,*'), so anybody seeing the gangs of prosecutors and informers all herded together at your house, the guilty and rich men on trial likewise at your prompting plotting some plan to seduce a jury, your bargains for profits in defending actions, guaranteeings of sums of money in coalitions between candidates, dispatchings of freedmen to drain with usury and to plunder the provinces, dislodgments of neighbours, landgrabblings, **partnerships with slaves and freedmen and clients** (en latin : '*qui cum servis cum libertis cum clientibus societates*'), empty properties, proscriptions of wealthy men, massacre of the free towns, and who remembers the notorious harvest reaped in the period of Sulla, the many wills forged, the many persons put out of the way, and finally the universal corruption – recruiting, ordinances, another man's vote, his own vote, the public courts, the home, utterance, silence, all on sale – who would not deem that this person confesses his need for gain? But who can ever have correctly described a person who needs to make gain as a wealthy man? For the value of wealth consists in abundance, and abundance means a full and overflowing supply of goods; and as this will never be attained by you, you will never be a wealthy man at all. » (caractères gras ajoutés).

Toutefois, cela ne semble pas avoir été le véritable point de vue de Cicéron, car dans le second traité qui nous intéresse, le « De Officiis » (44 av. J.-C.), il indique le contraire. Or, le « De Officiis » est un traité de philosophie, le dernier à avoir été rédigé par Cicéron, qui le considérait comme son chef-d'œuvre<sup>142</sup>. Il se présente sous la forme d'une longue lettre à son fils, exposant ses vues au niveau philosophique et incluant plusieurs recommandations. Il est permis de penser que Cicéron nous révèle le fonds de sa pensée sur les diverses questions traitées. Cicéron y examine entre autres les manières de gagner sa vie, afin de distinguer celles qui sont moralement acceptables de celles qui ne le sont pas. Le premier passage qui nous intéresse réfère à la perception des impôts et indique que c'est une occupation vulgaire et indésirable, contrairement à la position qu'il avait prise dans son traité antérieur sur les paradoxes<sup>143</sup>.

---

142. Walter MILLER, *Cicero : On Duties*, 13<sup>e</sup> éd., Cambridge (MA), Harvard University Press, 2005, p. xi et xiv.

143. W. MILLER, préc., note 142, p. 153-155 : « I XLII 150 Now in regard to trades and other means of livelihood, which ones are to be considered becoming to a gentleman and which ones are vulgar, we have been taught, in general, as follows. **First, those means of livelihood are rejected as undesirable which incur people's ill-will, as those of tax-gatherers and usurers.** Unbecoming to a gentleman, too, and vulgar are the means of livelihood of all hired workmen whom we pay for mere manual labour, not artistic skill; for in their case the very wage they receive is a pledge of their slavery. Vulgar we must consider those also who buy from wholesale merchants to retail immediately; for they would get no profits without a great deal of downright lying; and verily, there is no action that is meaner than misrepresentation. And all mechanics are engaged in vulgar trade; for no workshop can have anything liberal about it. Least respectable of all are those trades which cater for sensual pleasures :

'Fishmongers, butchers, cooks, and poulterers,  
 And fishermen,'

as Terence says. Add to these, if you please, the perfumers, dancers, and the whole corps de ballet.

But the professions in which either a higher degree of intelligence is required or from which no small benefit for society is derived – medicine and architecture, for example, and teaching – these are proper for one whose social position they become.

Trade, if on a small scale, is to be considered vulgar; but if wholesale and on a large scale, importing large quantities from all parts of the world

De plus, lorsqu'il dresse la liste des différentes méthodes pour s'enrichir, Cicéron ne fait pas expressément référence à la possibilité d'investir dans les *partes* de sociétés de publicains. Et ce n'est pas parce qu'il ne parle pas d'investissement : le prêt d'argent est vulgaire, mais l'agriculture est un excellent investissement, nous indique-t-il, entre autres. Ceci n'est pas sans nous rappeler la position de Caton l'Ancien au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. dans un passage similaire<sup>144</sup>. Lorsque Cicéron mentionne plus loin qu'il existe une façon d'investir son argent afin de réaliser des profits, il est logique de penser que c'est de l'agriculture qu'il s'agit<sup>145</sup>. Il réfère aussi au *Ianum*<sup>146</sup>, un mot utilisé dans les Philippiques (*Ianus medius*) et encore une fois traduit ici par « Exchange ». Il est probable qu'il s'agisse du repaire des prêteurs d'argent comme dans les Philippiques et non d'une Bourse car Cicéron a parlé des prêts d'argent et il n'a jamais

---

and distributing to many without misrepresentation, it is not to be greatly disparaged. Nay, it even seems to deserve the highest respect, of those who are engaged in it, satiated, or rather, I should say, satisfied with the fortunes they have made, make their way from the port to a country estate, as they have often made it from the sea into port. But of all the occupations by which gain is secured, none is better than agriculture, none more profitable, none more delightful, none more becoming to a free-man. » (caractères gras ajoutés).

144. W.D. HOOPER et H.B. ASH, *Cato and Varro – On Agriculture*, Cambridge (MA), 8<sup>e</sup> éd., Harvard University Press, 1999, voir le traité de Caton sur l'agriculture, p. 3.

145. W. MILLER, préc., note 142, p. 211 : « II XII 42 (...) But as there is a method not only of acquiring money but also of investing it so as to yield an income to meet our continuously recurring expenses (en latin: '*Sed ut pecuniae non quaerendae solum ratio est, verum etiam collocandae*') – both for the necessities and for the more refined comforts of life – so there must be a method of gaining glory and turning it to account. ».

146. W. MILLER, préc., note 142, p. 265 : « II XXIV 87 (...) But this whole subject of acquiring money, investing money (I wish I could include also spending money), is more profitably discussed by certain worthy gentlemen on 'Change' than could be done by any philosopher of any schools (en latin : '*Sed toto hoc de genere, de quaeranda, de collocanda pecunia (vellem etiam de utenda), commodius a quibusdam optimis viris ad Ianum medium sedentibus quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur*'). For all that, we must take cognizance of them; for they come fitly under the head of expediency, and that is the subject of the present book. ».

dit un mot de l'investissement dans les *partes* des sociétés de publicains.

Il faut donc conclure de ces deux ouvrages de Cicéron qu'il n'existait ni Bourse, ni réseau de courtiers. En effet, comme il a énuméré les diverses façons de s'enrichir et qu'il a traité de la perception des impôts et des investissements, il n'aurait pas manqué de mentionner les investissements dans les *partes* de sociétés de publicains si cette méthode de s'enrichir avait existé. Mais il n'en est question nulle part dans son traité.

Ceci est cohérent avec notre relecture des Verrines, qui suggère que la « multitude » des *socii* dont il est question dans cette plaidoirie n'est pas celle d'une société en particulier mais résulte plutôt du rassemblement de toutes les sociétés de publicains actives en Sicile. Il n'existe alors plus aucune attestation d'une société ayant un capital-actions largement dispersé, que ce soit au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. ou durant un des siècles précédents. Par conséquent, un réseau de courtiers ou une Bourse deviennent inutiles. Le transfert des *partes* peut se faire directement entre les parties, comme c'est le cas de nos jours pour les sociétés par actions fermées.

## 2. Conclusion

Cet examen des éléments de preuve disponibles démontre que contrairement à ce que les historiens et les juristes tiennent actuellement pour acquis, il n'existait probablement pas de Bourse ou de réseau de courtiers sous la République. Les éléments de preuve disponibles ne sont pas suffisamment concluants pour qu'on puisse l'affirmer ou prétendre qu'il est probable que cela ait été le cas; ils semblent plutôt aller dans le sens contraire .

En effet, notre examen des éléments de preuve disponibles pour l'époque républicaine révèle ce qui suit.



Au III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., il n'existe aucune attestation de Bourse ou de réseau de courtiers, aucune attestation de *societates publicanorum* ayant un grand nombre d'actionnaires, et aucune attestation de *partes* transférables. C'est exactement la même chose au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. Pour ces deux siècles, toute affirmation à l'effet qu'il existait une Bourse ou un réseau de courtiers n'est donc corroborée par aucun élément de preuve solide.

Il n'y a qu'au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. que nous détenons une attestation que les *partes* sont transférables, ce qui est une condition préalable à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers par l'intermédiaire desquels les *partes* auraient pu être transigées. Toutefois, en soi, cela ne nous permet pas de conclure à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers, spécialement en l'absence de toute preuve confirmant qu'il existait des *societates publicanorum* ayant un grand nombre de *socii*. Notre relecture des Verrines de Cicéron indique à cet égard que contrairement à la position actuelle des historiens et des juristes, la multitude de *socii* dont il est question dans cette plaidoirie est probablement celle de plusieurs *societates* et non d'une seule. De plus, à mon avis, le contre-interrogatoire de Vatinius n'établit nullement que les *partes* avaient un cours variable mais plutôt que leur valeur a varié, ce qui est différent, et s'explique aisément du fait des déprédations causées par Mithridate en Asie. Finalement, le traité *De Officiis* de Cicéron discutant des différentes manières de s'enrichir ne fait jamais référence à la détention de *partes* dans les *societates publicanorum*. Par conséquent, même au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C., il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour conclure à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers. Il y a bien une condition préalable à leur existence qui est remplie (les *partes* étant transférables), mais ceci n'est pas suffisant en soi pour conclure à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers.

Il faut d'ailleurs souligner que cette conclusion à l'effet qu'il n'y a aucune preuve qu'il existait une Bourse ou un réseau de courtiers sous la République et que cela est en réalité plutôt

improbable est tout à fait cohérente avec le fait que même si les sociétés de publicains ont continué d'exister pendant au moins deux autres siècles sous l'Empire<sup>147</sup>, il n'existe aucune attestation relative à l'existence d'une Bourse ou d'un réseau de courtiers, ni d'une société de publicains à capital-actions dispersé, pour la période impériale non plus.

Ceci implique que l'image qu'on se fait des *societates publicanorum* comme des équivalents antiques de nos grandes sociétés par actions publiques ne repose pas sur des éléments de preuve bien solides. Elle est donc potentiellement inexacte à plusieurs égards.

---

147. Selon le modèle traditionnel; d'autres auteurs ont proposé que leur existence a perduré encore plus longtemps, voir J. FRANCE, 2001, préc., note 36, p. 354 et suiv.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** **PORTRAIT DE LA DÉPENSE FISCALE RELATIVE À LA BIENFAISANCE :  
LA PERSPECTIVE DES PERSONNES VULNÉRABLES**

**Auteur(s) :** Luc GRENON

**Revue :** *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 2

**Pages :** **381-436**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10304>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10304>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## PORTRAIT DE LA DÉPENSE FISCALE RELATIVE À LA BIENFAISANCE : LA PERSPECTIVE DES PERSONNES VULNÉRABLES

par Luc GRENON\*

*Dans cet article, l'auteur analyse l'allocation des fonds publics attribuable à la dépense fiscale relative à la bienfaisance. Alors que les organisations religieuses reçoivent la part du lion, les organismes qui procurent de l'aide directe en faveur des personnes les plus vulnérables bénéficient de façon très mitigée de cette aide gouvernementale, malgré un discours politique voulant l'inverse. Dans un deuxième temps, l'auteur étudie la générosité des donateurs en période de récession et de ralentissement économique. Contrairement à ce qu'il avait anticipé, il constate que la valeur totale des dons n'a pas diminuée au cours de ces périodes. Il conclut tout de même que la dépense fiscale de bienfaisance est incohérente avec le modèle keynésien puisque le taux de croissance des dons a quant à lui régressé durant ces mêmes périodes.*

---

*In this article, the writer analyses the attribution of public funds under the tax expenditure program for charitable giving. While religious organizations receive the greater share of these funds, the benefits are somewhat less forthcoming for organizations which provide direct aid to the more vulnerable members of society despite a political discourse which claims the contrary. The writer also examines levels of donor generosity in periods of recession and economic downturn. It is noted that contrary to expectations, the total value of gift-giving has not generally declined during these periods. Nevertheless, the writer concludes that the tax expenditure program for charitable giving does not conform to the Keynesian Model according to which one would normally expect an increase in the actual rate of growth of charitable donations in these less optimal economic conditions.*

---

\*

Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## SOMMAIRE

<b>Introduction .....</b>	<b>383</b>
<b>1. Architecture des mesures fiscales relatives à la bienfaisance .....</b>	<b>386</b>
<b>2. La protection des personnes vulnérables : entre discours et réalité .....</b>	<b>390</b>
2.1 Les discours sur le Budget : objectifs, priorités et rôles annoncés.....	390
2.2 Affectation de la dépense fiscale relative à la bienfaisance.....	393
<b>3. Efficacité de la dépense fiscale en période de récession ou de ralentissement économique.....</b>	<b>403</b>
3.1 Le modèle keynésien : bref aperçu, rupture et renaissance .....	404
3.2 Fluctuation de la dépense fiscale.....	406
3.2.1 Évolution de la dépense fiscale liée aux particuliers : les crédits d'impôt.....	410
3.2.2 Évolution de la dépense fiscale liée aux sociétés : les déductions .....	415
<b>Conclusion .....</b>	<b>420</b>
<b>Annexe A .....</b>	<b>423</b>

## **Introduction**

Depuis 1930, l'État intervient activement en matière de bienfaisance par l'octroi d'avantages fiscaux en faveur des donateurs qui donnent des biens, généralement de l'argent, à des organismes de bienfaisance enregistrés (« OBE »). C'est W. L. Mackenzie King<sup>1</sup> qui fut le premier à proposer une mesure fiscale permettant aux donateurs de déduire, dans le calcul de leur revenu, les dons faits en faveur d'organisations de bienfaisance. Le gouvernement de l'époque entendait cependant limiter la déduction aux dons faits en faveur des églises, universités, collèges, écoles et hôpitaux du Canada<sup>2</sup>. Les représentants de l'opposition, membres du comité des voies et moyens de la Chambre des communes, J. S. Woodsworth en particulier, ont eu vite fait de critiquer cette mesure au motif que sa portée était beaucoup trop restrictive, que les personnes nécessiteuses étaient laissées pour compte et que la limite du montant déductible de don, fixée alors à 10 % du revenu imposable du donateur, était insuffisante<sup>3</sup>. Un autre parlementaire, Peter McGibbon, exprima l'opinion que la législation devait mettre l'emphase sur la pauvreté<sup>4</sup>. Car en cette période d'après-guerre et de grande dépression, l'autosuffisance matérielle des citoyens, caractéristique de la vie agricole et du bien-être mutuel assuré par la famille, s'érodait au fur et à mesure que l'urbanisation prenait de l'ampleur<sup>5</sup>. Le problème du chômage ne s'était jamais posé au Canada d'une façon aussi forte<sup>6</sup>, la demande en matière de services sociaux était en constante croissance et on comptait par milliers le nombre de foyers qui paraissaient dépendre entièrement

- 
1. Par la voix de son ministre des Finances, C. A. DUNNING.
  2. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, (1<sup>er</sup> mai 1930) aux pp. 1642 et 1643.
  3. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, (24 mai 1930) aux pp. 2473 et 2474.
  4. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, (24 mai 1930) à la page 2475.
  5. COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport*, vol. 1, Ottawa, 1940, aux pages 175 et 176.
  6. *Id.* à la p. 176.

de l'assistance publique pour leur subsistance<sup>7</sup>. Un réseau important d'organismes philanthropiques, en grande majorité religieux, s'affairait à rendre une multitude de services sociaux en faveur des plus démunis<sup>8</sup>. Réagissant aux protestations de l'opposition, le gouvernement décida de modifier le projet de loi pour élargir la déduction aux dons faits en faveur des « *organisations de charité* »<sup>9</sup>. Le Parlement accepta alors les quatre fins de bienfaisance reconnues dans l'arrêt *Commissioners for Special Purposes of the Income tax c. Pemsel*<sup>10</sup>, le tout en se référant à la définition de « *Charity* » contenue dans les *Halsbury's Laws of England*<sup>11</sup>. Cela étant, le projet de loi ne contenait pas, à proprement parler, de définition de « bienfaisance » ou « d'œuvre de bienfaisance », de sorte que cette détermination fut laissée<sup>12</sup> aux soins des tribunaux.

---

7. *Id.*

8. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, (24 mai 1930) à la page 2474. Voir aussi Patricia COLLINS, *American-Canadian Welfare : Parallel Journeys through Dead-ends, Debts and Detours! Lessons from the North* (1992-1993), 11 Wis. Int'l L.J., aux pages 453 et 454.

9. *Débats de la Chambre des communes*, (27 mai 1930) à la page 2672.

10. *Commissioners for Special Purposes of the Income tax c. Pemsel* [1891] A.C. 531 (HL). Les quatre fins de bienfaisance reconnues demeurent les mêmes à notre époque.

11. Préc., note 9. Il est intéressant de constater que la définition d'organisme de bienfaisance en *common law* a été construite dans le contexte du droit des fiducies plutôt que dans une perspective fiscale. Bien que les « *charities* », en Grande-Bretagne, ont bénéficié du statut d'entité exonérée d'impôt dès l'introduction de l'impôt sur le revenu en 1799 (voir *Tudor on Charities*, 9th ed. by Jean Warburton et al. London, Sweet & Maxwell, 2003, à la page 305), c'est en grande partie pour des raisons purement juridiques – comme par exemple le droit de recevoir des dons *ab intestat* (voir à cet effet *Williams v. Singer* [1920] UKHL 2 (17 MAI 1920), la possibilité de se soustraire aux règles proscrivant la perpétuité des fiducies, la doctrine du *cy-près* ou encore la nécessité d'avoir des bénéficiaires déterminables – que certaines fiducies désiraient se voir reconnaître le statut de fiducie charitable. Pour une étude détaillée des privilèges juridiques que permet d'obtenir le statut de fiducie charitable, voir Gareth Jones, *History of the Law of Charity 1532-1827*, London : Cambridge University Press, 1969.

12. Voir *infra* section 1.1.



Au regard de la situation économique et sociale de l'époque, il appert que la précarité des personnes vulnérables (ou *nécessiteuses*, pour reprendre le terme utilisé par J. S. Woodsworth) était au centre des préoccupations des élus. Mais qu'en est-il de nos jours? Est-ce que la situation précaire de ces personnes constitue toujours une préoccupation gouvernementale et si oui, dans quelle mesure ces dernières profitent-elles de l'aide gouvernementale en matière de bienfaisance?

Pour répondre à ces questions, nous nous proposons, dans un premier temps, d'expliquer brièvement les mesures fiscales visant à favoriser les dons de bienfaisance pour ensuite traiter des fins de bienfaisance reconnues (section 1). Dans un deuxième temps, en nous référant aux discours sur les Budgets fédéraux de 1995 à 2008, nous confronterons le discours portant sur les objectifs et priorités annoncés par les gouvernements en matière de justice distributive aux statistiques tirées, au cours de la même période, des enquêtes canadiennes sur le don, le bénévolat et la participation réalisées par Statistique Canada et ses partenaires<sup>13</sup> (section 2). Enfin, étant donné que le Canada vient à peine de sortir du marasme d'une récession, nous nous sommes demandé si l'architecture même de la dépense fiscale relative à la bienfaisance est efficace en période de récession ou de ralentissement économique, le tout en se référant à la théorie développée par John Maynard Keynes (section 3).

---

13. De telles enquêtes ont été menées en 1997, 2000, 2004 et 2007 par Statistique Canada en collaboration avec six organismes : Bénévoles Canada, le Centre canadien de philanthropie, Développement des ressources humaines Canada, L'initiative de recherche sur le secteur à but non lucratif de la Fondation Kahanoff, Patrimoine canadien et Santé Canada. Voir à cet égard CANADA, STATISTIQUES CANADA, *Canadiens dévoués, Canadiens engagés, points saillants de l'Enquête nationale de 1997 sur le don, le bénévolat et la participation*, août 1998 [Enquête 1997], à la page 5. Il s'agit des enquêtes les plus importantes sur le sujet.

## 1. Architecture des mesures fiscales relatives à la bienfaisance

Deux privilèges fiscaux particuliers sont accordés aux OBE. Les organismes qui obtiennent le statut d'OBE sont tout d'abord exemptés de l'impôt sur le revenu en vertu de l'alinéa 149(1)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>14</sup> (« LIR »). Outre cette exemption, ces derniers sont en droit d'émettre des reçus pour dons de bienfaisance en faveur de leurs donateurs. Lorsque le donateur est une société au sens du paragraphe 248(1) de la LIR (soit essentiellement une personne morale), l'avantage fiscal pour cette dernière se réalise par une déduction égale à la juste valeur marchande du don en question, ce qui lui permet de réduire son revenu imposable<sup>15</sup> et partant, son impôt payable. Quand le don est effectué par un particulier, ce dernier bénéficie plutôt d'un crédit d'impôt pour dons<sup>16</sup>, ce qui lui permet également de réduire son impôt payable.

En raison des avantages fiscaux offerts aux donateurs, l'obtention du statut d'OBE constitue en soi une source de financement indéniable<sup>17</sup> ainsi qu'un « puissant stimulant au don »<sup>18</sup>.

14. *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5<sup>e</sup> supp.), c.1, art. 149 (1)f).

15. En vertu de l'alinéa 110.1(1)a) LIR

16. Le crédit est accordé en vertu du paragraphe 118.1(3) LIR. Il est égal au taux de base (15 %) sur la première tranche de 200\$ de don et au taux de 29 % sur l'excédent. Voir le paragraphe 118.1(3) LIR qui renvoie au paragraphe 117(2) LIR. À titre informatif, lorsqu'on tient compte de l'abattement de 16,5 % consenti au résident du Québec, le taux de 15 % est ramené à 12,53% sur la première tranche de 200\$ de don alors que le taux de 29 % est ramené à 24,215 %. Aux fins de l'impôt du Québec, le taux équivalait à 20 % sur le premier 200\$ de don et à 24 % sur l'excédent.

17. Il est naturel qu'une vaste majorité de donateurs soit amenée à faire des dons - ou des dons plus importants - en faveur d'un organisme qui est en mesure de lui émettre un reçu pour don de bienfaisance plutôt qu'en faveur d'un organisme qui ne le peut pas.

18. TABLE RONDE SUR LA TRANSPARENCE ET LA SAINTE GESTION DANS LE SECTEUR BÉNÉVOLE, *CONSOLIDER NOS ACQUIS: pour une meilleure gestion et transparence au sein du secteur bénévole*, Rapport final, février 1999, page 59.

En retour, les avantages fiscaux consentis aux donateurs impliquent que c'est l'État qui finance en partie les activités de bienfaisance menées par les OBE puisqu'il se prive de recettes fiscales dont le montant est au moins égal à la valeur des crédits et déductions ainsi accordés<sup>19</sup>.

Plus précisément, l'État reporte la valeur des crédits et déductions consentis à titre de « dépenses fiscales », lesquels se définissent comme étant « un sous-ensemble d'allègements fiscaux qui servent de solution de rechange aux dépenses directes de l'État pour appuyer la réalisation des objectifs stratégiques du gouvernement »<sup>20</sup>. Selon les projections du ministère des Finances, les incitatifs fiscaux octroyés en faveur des OBE se chiffraient, au niveau fédéral seulement, à un peu plus de 3.1 milliards de dollars pour l'exercice financier 2010<sup>21</sup>.

- 
19. D'autres privilèges fiscaux, impliquant eux aussi une réduction des recettes fiscales de l'État, sont accordés aux OBE. Voir *infra* note 21.
  20. Canada, ministère des Finances, *Dépenses fiscales : Notes afférentes aux estimations et projections*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2000, à la p. 7. Le ministère des Finances a produit des documents similaires en 2004 et 2010. Dans les deux derniers rapports, on ne réfère plus à une définition officielle de « dépenses fiscales », mais l'idée qu'elles servent à atteindre les objectifs stratégiques du gouvernement est clairement maintenue. Canada, ministère des Finances, *Dépenses fiscales : Notes afférentes aux estimations et projections*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2000, à la p. 2. Disponible en ligne : <http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2010/taxexp1004-fra.asp> (février 2011).
  21. 2 280 000 000 \$ pour les crédits d'impôt pour dons octroyés aux particuliers, 36 000 000 \$ en ce qui concerne le taux d'inclusion réduit ou la non imposition des gains en capital sur les dons de titres cotés en bourse, de terres écosensibles et des biens culturels effectués par les particuliers, 417 000 000 \$ pour les déductions pour dons accordées aux sociétés, 84 000 000 \$ en ce qui concerne le taux d'inclusion réduit ou la non-imposition des gains en capital sur les dons de titres cotés en bourse, de terres écosensibles et des biens culturels effectués par les sociétés et enfin 290 000 000 \$ pour les remboursements partiels de la taxe sur les produits et services (« TPS ») accordés aux OBE. À ces montants, il serait opportun d'ajouter la dépense relative à la non-imposition des revenus des OBE, laquelle n'est par contre pas estimée par le gouvernement. Voir ministère des Finances du Canada, « Dépenses

Considérant que les dépenses fiscales se substituent aux dépenses directes de l'État<sup>22</sup>, la politique fiscale veut que ce ne soit pas tous les organismes d'aide qui puissent bénéficier du statut d'OBE, mais uniquement ceux qui consacrent la totalité<sup>23</sup> de leurs ressources à des fins ou des activités dites de bienfaisance<sup>24</sup>.

Bien qu'elle ait pour effet de limiter le nombre d'organismes pouvant bénéficier du statut d'OBE, qu'elle permette d'accéder à des privilèges fiscaux substantiels et qu'elle engendre, de ce fait, une diminution importante des recettes fiscales de l'État, la notion de bienfaisance n'a pas été définie par la législation, mais plutôt par les tribunaux, et cela, depuis l'adoption de la mesure en 1930. En l'absence de définition législative, les tribunaux canadiens s'en remettent à la *common law* et ont ainsi, à maintes reprises, adopté et appliqué la classification développée dans l'arrêt *Pemsel*<sup>25</sup> dans lequel la Chambre des Lords renvoie au préambule de la

---

fiscales et évaluations 2010 » (2010), en ligne : ministère des Finances <<http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2010/taxexp1001-fra.asp#tocpart1-02>, tableau 1, 2 et 3.

22. Nous devons de plus garder à l'esprit que l'État n'a pratiquement aucun contrôle sur l'ampleur des dépenses fiscales relatives à la bienfaisance dans la mesure où ces dépenses dépendent du bon vouloir des donateurs quant au nombre et à la valeur des dons qu'ils effectuent. Le gouvernement n'a d'ailleurs pas hésité à soulever ces considérations d'ordre économique – et la Cour suprême du Canada y a été sensible – pour faire contrepoids aux arguments des organismes qui plaidaient en faveur d'un élargissement de la définition de bienfaisance. Voir à cet effet *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R. N.*, [1999] 1 R.C.S. 10, à la page 134 et *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, [2007] 3 RCS 217, à la page 242.
23. Lorsque les conditions prévues aux paragraphes 149.1 (6.1) ou (6.2) sont respectées, une fondation ou un œuvre de bienfaisance peut consacrer jusqu'à 10 % de ses ressources à des activités politiques.
24. En ce sens, bien que certaines organisations sans but lucratif (« OSBL ») puissent bénéficier du statut d'entité exemptée d'impôt en vertu de l'alinéa 149(1)l) LIR, ces dernières n'ont cependant pas le privilège d'émettre des reçus pour dons de bienfaisance.
25. *Commissioners for Special Purposes of the Income tax c. Pemsel*, préc., note 10.

*Charitable Uses Act 1601*<sup>26</sup>, où on énumérait les diverses activités considérées comme des activités de bienfaisance<sup>27</sup>.

Selon les catégories d'organismes de bienfaisance qui ont été énoncées dans l'arrêt *Pemsel* et retenues par les tribunaux canadiens, la *common law* reconnaît quatre fins de bienfaisance, soit (i) le soulagement de la pauvreté, (ii) l'avancement de l'éducation, (iii) l'avancement de la religion, et (iv) toute autre fin qui est bénéfique pour la collectivité et que la loi considère comme étant une fin de bienfaisance. En ce qui concerne la quatrième catégorie de bienfaisance, un organisme pourra obtenir le statut d'OBE sous son égide uniquement s'il poursuit des fins analogues à une des « fins déjà reconnues comme des fins de bienfaisance en *common law* et qui ont été commodément classifiées dans l'arrêt *Pemsel* »<sup>28</sup>.

Outre qu'il doit poursuivre une fin de bienfaisance reconnue, l'organisme doit démontrer que les fins qu'il poursuit servent l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance (le critère du « bienfait public »)<sup>29</sup>. Le fardeau de la preuve varie selon la catégorie dont relève l'OBE puisqu'à l'égard des trois premières catégories, l'existence du bienfait public une

---

26. *Charitable Uses Act*, 1601, 43, Eliz. I, c.4 [*Statute of Elisabeth*].

27. La Cour suprême du Canada a une première fois adopté implicitement cette classification dans *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76. Cette classification a été explicitement approuvée pour la première fois par la Cour suprême dans *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue* [1967] R.C.S. 133. Dans sa dernière décision rendue en la matière, la Cour suprême s'est une fois de plus référée au *Statute of Elisabeth* et à *Pemsel* pour déterminer ce que constitue une fin de bienfaisance aux fins de l'obtention du statut d'OBE. Voir *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada*, *supra* note 22.

28. *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R. N.*, préc., note 22, à la p. 106.

29. *Id.*, à la p. 105.

présomption réfutable alors que l'existence d'un tel bienfait doit être démontrée en ce qui concerne la dernière catégorie<sup>30</sup>.

Après avoir circonscrit les avantages fiscaux offerts par le régime fiscal relatif à la bienfaisance ainsi que les critères utilisés pour pouvoir en bénéficier, nous allons, dans la prochaine section, confronter la rhétorique gouvernementale à la réalité. En d'autres termes, dans quelle mesure la dépense fiscale permet-elle d'atteindre les objectifs et priorités annoncés par nos récents gouvernements en matière de protection des personnes vulnérables?

## **2. La protection des personnes vulnérables : entre discours et réalité**

### **2.1 Les discours sur le Budget : objectifs, priorités et rôles annoncés**

Sur le plan du discours, nous avons relevé certains des objectifs officiels annoncés lors de l'adoption des Budgets fédéraux<sup>31</sup>. Dans le contexte de l'assainissement des dépenses publiques qui caractérise les budgets fédéraux de 1995 à 2008, le gouvernement a annoncé, à maintes reprises, que l'État devait faire preuve de frugalité, fixer des priorités et intervenir uniquement lorsque nécessaire, le tout dans l'objectif avoué d'atteindre puis de maintenir l'équilibre budgétaire<sup>32</sup>. Malgré ce

---

30. *National Anti-Vivisection Society c. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31 (H.L.).

31. Les passages sélectionnés ne réfèrent pas nécessairement à la mesure fiscale relative à la bienfaisance. Nous analysons plutôt le discours général portant sur le rôle qu'entend jouer le gouvernement en matière de protection des personnes vulnérables. Et comme la dépense fiscale relative à la bienfaisance constitue l'un des moyens par lequel le gouvernement peut agir en la matière, nous nous demanderons dans quelle mesure elle y parvient. Cela étant, nous sommes conscients que le gouvernement fédéral intervient de plusieurs façons en faveur des personnes vulnérables, les programmes sociaux et paiements de transfert constituant quelques exemples.

32. Nous verrons dans la section 3.1 *infra* que le discours a par la suite changé en raison de la dernière récession.

contexte, le gouvernement a précisé que l'État se devait, dans un esprit de justice et de compassion<sup>33</sup>, d'intervenir en faveur des plus vulnérables<sup>34</sup> quand le marché ne peut le faire efficacement<sup>35</sup> :

Les marchés font bien des choses et ils le font bien. Mais il y a aussi bien des choses qu'ils ne peuvent pas faire. Les marchés ne peuvent pas nous offrir, à tous, des soins de qualité lorsque nous sommes malades. Ils ne peuvent pas empêcher l'écart entre les riches et les pauvres de devenir un fossé infranchissable. Ils ne peuvent régler la situation des sans-abri et la violence faite aux femmes<sup>36</sup>.

Dans son Budget 2003, le gouvernement alla même jusqu'à fixer comme priorité principale la sécurité des citoyens, soit la recherche de solutions aux problèmes qui sont à l'origine de l'instabilité, tels que la faim, la maladie, l'exploitation et la pauvreté<sup>37</sup>.

Comme mesures budgétaires adoptées depuis 1995 dans le but de protéger les personnes les plus vulnérables, nous pouvons citer celles relatives aux aînés<sup>38</sup>, la lutte au chômage chez les jeunes<sup>39</sup>, la réduction générale des impôts qui devrait être accordée en priorité aux Canadiens à revenu faible ou moyen, les

---

33. *Id.* Voir aussi Canada, ministère des Finances, *Discours du budget : 1999*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999 à la p. 10 [*Budget 1999*].

34. Canada, ministère des Finances, *Discours du budget : 1996*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996 à la p. 8 [*Budget 1996*].

35. *Ibid.*, à la page 10.

36. *Budget 1999, ibid.*

37. Canada, ministère des Finances, *Discours du budget : 2003*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003 à la p. 4 [*Budget 2003*].

38. Canada, ministère des Finances, *Discours du budget : 1995*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1995 [*Budget 1995*].

39. Par le programme Stratégie emploi-jeunesse. Canada, ministère des Finances, *Discours du budget : 1998*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998 à la p. 23 [*Budget 1998*].

mesures relatives aux aidants naturels<sup>40</sup> et le financement des soins de santé<sup>41</sup>.

En ce qui concerne les organismes de bienfaisance en particulier, le gouvernement met manifestement l'emphase sur l'aide directe aux citoyens par la prestation de services :

Chaque jour, partout au pays, des Canadiens et Canadiennes donnent généreusement de leur temps et de leurs ressources pour appuyer le travail des organismes sans but lucratif, bénévoles et de bienfaisance. Ces gestes innombrables constituent une puissante réponse collective aux besoins pressants de la société, particulièrement en ces temps de récession [...].

C'est ainsi qu'au cours de l'année qui vient, nous examinerons [...] les autres moyens qui permettraient d'encourager les dons de charité et les activités de bienfaisance. Nous mettrons l'accent sur les moyens de s'assurer que l'amélioration de l'aide gouvernementale appuie des activités qui bénéficient directement à la société canadienne<sup>42</sup>.

(Nos soulignements)

D'autre part, lorsqu'il a été annoncé, en 1997, que le régime de dons de bienfaisance allait être bonifié, le gouvernement a précisé qu'il entendait ainsi aider les petits organismes comme les banques d'alimentation et les maisons d'accueil<sup>43</sup>.

---

40. *Ibid.* à la p. 29. Voir aussi *Budget 2003*, *supra* note 37 aux pp. 6-7 et Canada, ministère des Finances, *Discours du budget : 2005*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2005 à la p. 13.

41. Voir, entre autres, *Budget 2003*, *supra* note 37, à la page 6.

42. *Budget 1996*, préc., note 34, à la page 19.

43. Canada, ministère des Finances, *Discours du budget : 1997*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997 à la p. 28 [*Budget 1997*]. La mesure visant à aider spécifiquement les petits organismes de bienfaisance est l'augmentation du plafond du revenu net à laquelle sont assujettis les dons de bienfaisance qui est passée de 50 % à 75 %.



En résumé, les gouvernements successifs considèrent « vulnérables » les personnes qui ne peuvent être laissées à elles-mêmes et qui doivent en toutes circonstances bénéficier du soutien de la collectivité. Le gouvernement a identifié spécifiquement les aînés et les jeunes ainsi que les personnes qui souffrent de la pauvreté, du dénuement, de la maladie, de la faim, de la violence ou de l'exploitation.

Parmi les mesures budgétaires qui permettent d'atteindre les objectifs stratégiques du gouvernement<sup>44</sup> concernant la protection des personnes vulnérables, nous retrouvons la dépense fiscale relative à la bienfaisance. Il convient donc d'examiner à quelles activités cette dépense est affectée.

## **2.2 Affectation de la dépense fiscale relative à la bienfaisance**

Depuis 1997, Statistique Canada et ses partenaires<sup>45</sup> mènent régulièrement des enquêtes d'envergure intitulées « Enquête canadienne sur le don, le bénévolat et la participation (ECDBP) ». Des enquêtes ont ainsi été menées en 1997, 2000, 2004 et 2007. Ces enquêtes ont pour objectifs, entre autres, de recueillir des données à l'échelle nationale sur les comportements contributifs des particuliers et sur les dons à des organismes de bienfaisance et de communiquer ces données à la fois au public et au secteur bénévole.

Grâce à ces enquêtes, on a pu apprendre qu'à l'intérieur d'une période de 10 ans, les dons effectués par les Canadiens sont passés de 4,44 milliards de dollars<sup>46</sup> à 10 milliards de dollars<sup>47</sup>.

---

44. Voir la définition de « dépenses fiscales », *supra* note 20.

45. Voir *supra* note 13.

46. *Canadiens dévoués, Canadiens engagés, points saillants de l'Enquête nationale de 1997 sur le don, le bénévolat et la participation* [Enquête 1997], à la page 10.

47. *Canadiens dévoués, Canadiens engagés, points saillants de l'Enquête canadienne de 2007 sur le don, le bénévolat et la participation* [Enquête 2007], à la page 9.

Dans le cadre de ces enquêtes, on a demandé aux Canadiens d'identifier le nom des organismes en faveur desquels ils ont effectué des dons ainsi que le type d'activités menées par l'organisme donataire. Les organismes en question ont été classés en diverses catégories<sup>48</sup> selon la nature de leurs activités<sup>49</sup>. La description détaillée des catégories utilisées aux fins des enquêtes de 1997, 2000, 2004 et 2007 est jointe en Annexe A.

Précisons d'emblée que lesdites enquêtes colligent les dons faits en faveur de tous les organismes sans but lucratif, qu'il s'agisse d'un OBE ou pas. Pour cette raison, ce ne sont pas tous les dons qui ont eu pour conséquence de réduire les recettes fiscales de l'État<sup>50</sup>. Comme notre étude s'intéresse à l'affectation de la dépense fiscale relative aux dons de bienfaisance, nous avons pris en compte que les dons faits en faveur des organismes susceptibles de bénéficier du statut d'OBE<sup>51</sup>.

Parmi les catégories d'organismes décrites en annexe A, nous avons identifié celles susceptibles de regrouper des organismes pouvant, à la fois, bénéficier du statut d'OBE et offrir de l'aide ou des services en faveur des personnes vulnérables. Par la suite, nous avons indiqué le pourcentage de dons attribué en

---

48. On retrouvait 12 catégories dans l'Enquête 1997 bien que la note infrapaginale 3 de la page 20 de cette enquête indique 13, 12 catégories pour celle de 2000 et 15 catégories pour celles de 2004 et 2007.

49. Les catégories suivantes apparaissaient dans l'Enquête 2007 : 1. Arts et culture, 2. Sports et loisirs, 3. Éducation et recherche, 4. Universités et collèges, 5. Santé, 6. Hôpitaux, 7. Services sociaux, 8. Environnement, 9. Développement et logement, 10. Droit, défense des intérêts et politique, 11. Octroi de subventions, collecte de fonds et promotion du bénévolat, 12. Organismes internationaux, 13. Religion, 14. Associations d'affaires et professionnelles, syndicats et enfin 15. Groupes non classés ailleurs.

50. Les personnes qui donnent à des organismes autres que des OBE ne peuvent réclamer des crédits d'impôt ou déductions pour dons.

51. Voir à cet effet les catégories d'organismes de bienfaisance reconnus, section 1. Ce ne sont donc pas tous les organismes faisant partie des catégories décrites en annexe A qui sont susceptibles de bénéficier du statut d'OBE.

faveur de chacun. Le tableau suivant présente les données ainsi recueillies<sup>52</sup> :

**Tableau 1<sup>53</sup>**

Catégories d'organismes	1997 <sup>54</sup>	2000 <sup>55</sup>	2004 <sup>56</sup>	2007 <sup>57</sup>
<b>Religion</b>	51 %	49 %	45 %	46 %
<b>Santé</b>	17 %	20 %	14 %	15 %
<b>Services sociaux</b>	11 %	10 %	10 %	9 %
<b>Hôpitaux<sup>58</sup></b>	n.d.	n.d.	5 %	6 %
<b>Éducation/recherches</b>	4 %	3 %	3 %	2 %
<b>Octroi de subventions, collecte de fonds et promotion du bénévolat</b>	6 % <sup>59</sup>	7 %	6 %	5 %

52. La catégorie « Développement et logement » a été considérée, mais les enquêtes ne fournissent aucune donnée à l'égard des dons faits en faveur de ces organismes. Cela s'explique probablement par le fait que ces organismes ont reçu moins de 1 % de la valeur totale des dons et qu'en deçà de ce seuil, les statistiques ne sont pas compilées. Quant à la catégorie « Droit, défense des intérêts et politique », les Enquêtes de 1997 et 2000 ne fournissaient aucune statistique alors que celles de 2004 et 2007 indiquent 1 %. Cependant, il n'a pas été tenu compte de cette catégorie puisque ce ne sont pas tous les organismes inclus dans cette dernière qui peuvent bénéficier du statut d'OBE. Il en est de même pour la catégorie « Organismes internationaux ». Enfin, quant à la catégorie « Octroi de subventions, collecte de fonds et promotion du bénévolat » nous l'avons tout de même considérée bien que ce ne soit pas tous les organismes de ce groupe qui peuvent bénéficier du statut d'OBE. Ce choix s'explique par le fait que cette catégorie regroupe, entre autres, les diverses fondations publiques et privées dont la mission est de recueillir des fonds et de les redistribuer à des OBE qui offrent des services directs en faveur des personnes vulnérables, comme c'est le cas pour Centraide par exemple.
53. Comme le montre l'Annexe A, le nombre et la description des catégories ont évolué d'une enquête à l'autre.
54. *Enquête 1997, supra* note 46, à la p. 21, tableau 1.3.
55. *Canadiens dévoués, Canadiens engagés, points saillants de l'Enquête nationale de 2000 sur le don, le bénévolat et la participation*, août 2001 [Enquête 2000] à la p. 25, figure 1.10.
56. *Canadiens dévoués, Canadiens engagés, points saillants de l'Enquête canadienne de 2004 sur le don, le bénévolat et la participation*, juin 2006 [Enquête 2004] à la p. 15, figure 1.3.
57. *Enquête 2007, supra* note 47 à la p. 16, graphique 1.3.
58. Pour l'*Enquête 1997* et l'*Enquête 2000*, la catégorie « Hôpitaux » était incluse dans la catégorie « Santé ».
59. Pour les Enquêtes de 1997 et 2000 cette rubrique se nommait « Philanthropie et bénévolat ».

En examinant la description des catégories d'organismes présentées en Annexe A, nous constatons que seuls les organismes se classifiant sous la catégorie « services sociaux » ont pour mission principale de fournir de l'aide directe aux personnes identifiées par les gouvernements comme démunies ou vulnérables. La description de leurs missions et activités étant la suivante :

**7. Services sociaux :** Cette catégorie regroupe des organismes et des établissements fournissant des services sociaux à une collectivité ou à un public cible. Elle comprend trois sous-groupes : 1) services sociaux (dont les organismes fournissant des services aux enfants, aux jeunes, aux familles, aux personnes handicapées et âgées, ou encore des services sociaux personnels ou d'entraide); 2) services d'urgence et de secours; et 3) services de soutien et maintien du revenu.

Pour leur part, les organismes inclus dans la catégorie « Octroi de subventions, collecte de fonds et promotion du bénévolat » offrent très certainement de l'aide, des fonds ou du support en faveur des personnes vulnérables, que ce soit par l'intermédiaire des fondations publiques<sup>60</sup> ou privées<sup>61</sup> ou encore par la promotion du bénévolat. Cependant, ces organismes interviennent également dans des secteurs autres que les services sociaux de sorte qu'il est impossible de connaître la proportion des fonds qu'ils recueillent pour ces fins.

Il va sans dire que les organismes de santé et les hôpitaux, qui ont reçu collectivement 21 % des dons en 2007, fournissent eux aussi des services en faveur des personnes vulnérables. Il s'agit par contre de services offerts à la population dans son ensemble plutôt que de services ciblés visant à soulager ces personnes. Le constat est le même pour les organismes qui mènent des activités visant à promouvoir l'éducation ou la recherche.

---

60. Centraide, par exemple.

61. Comme la Fondation Lucie et André CHAGNON.

Qu'en est-il maintenant des organismes religieux? Comme le démontre le Tableau 1, ces organisations ont reçu en moyenne près de 48 % de la valeur totale des dons au cours des périodes couvertes par les enquêtes. Dans la mesure où « toutes les grandes religions au Canada prônent le service d'autrui et la compassion à l'égard des personnes dans le besoin »<sup>62</sup>, que 96 % des personnes qui participent à des services religieux de façon hebdomadaire<sup>63</sup> indiquent qu'ils font des dons en partie par compassion envers ceux dans le besoin<sup>64</sup> et que les dons effectués par ces mêmes personnes « sont destinés en grande partie à des

- 
62. Kurt BOWEN, *La religion, le bénévolat et les dons de bienfaisance : un rapport*, Le Centre canadien de philanthropie, 1999, à la page 2. Voir au même effet Larry MCKEON, David MCIVER, Jason MORETON et Anita ROTONDO, *Dons et Bénévolat : rôle de la religion*, Le centre canadien de philanthropie, 2004, à la page 5, Statistique canada, *Caring Canadians, involved Canadians, Highlights from the 2004 National Survey of Giving, Volunteering and participating*, catalogue 71-542-XIE, à la page 17 et Carl JUNEAU, *Is Religion Passed as a Charity?*, Church and the Law Update 2:5, à la page 5.
63. La participation aux services religieux est considérée être la mesure la plus concrète pour distinguer les Canadiens pratiquants des non-pratiquants; l'appartenance religieuse et le degré de croyance étant davantage des mesures subjectives de l'engagement religieux. Dons et Bénévolat : rôle de la religion, supra note 62, à la page 3. De plus, la pratique religieuse hebdomadaire est particulièrement révélatrice puisque les Canadiens qui sont actifs sur le plan religieux sont plus susceptibles d'être des donateurs et le montant de leurs dons a tendance à être plus élevé. Ainsi, pour 2007, 94 % des pratiquants actifs ont donné. Cette statistique chute à 82 % pour les non actifs. Alors que le montant moyen des dons annuels s'élève à 295 \$ pour les non actifs, il est de 1 038 \$ pour ceux qui participent hebdomadairement aux services religieux. Enquête 2007, préc., note 47, Graphiques 1.9 et 1.10, page 23.
64. Dons et bénévolat : rôle de la religion, supra note 62, à la page 8. Il a été demandé aux donateurs s'ils étaient en accord ou en désaccord avec 6 différents motifs pour faire des dons. La compassion envers les personnes dans le besoin a obtenu le résultat le plus élevé (96 %). Ont suivi le fait de croire personnellement à la cause (93 %), d'être touché personnellement par la cause (70 %), d'être redevable envers la collectivité (68 %), de faire des dons pour remplir leurs obligations et croyances religieuses (67 %) et le fait de donner en raison des crédits d'impôt (15 %).

organismes religieux »<sup>65</sup>, on pourrait s'attendre à ce qu'une certaine portion des dons faits en faveur des organismes religieux serve à soulager les personnes dans le besoin ou vulnérables.

Afin de connaître la portion des dons religieux qui est affectée en faveur des personnes vulnérables, nous devons, dans un premier temps, distinguer les organismes religieux qui mettent en valeur les croyances religieuses (lieu de culte, congrégations, paroisses, diocèses, etc.) des organismes d'inspiration religieuse dont la mission est davantage orientée vers l'aide directe en faveur de personnes pauvres ou démunies, que ce soit par la prestation de services ou encore par la mise en place de programmes spécifiques. L'organisme religieux sera classé sous la rubrique « religion » tandis que l'organisme d'inspiration religieuse sera plutôt classé en fonction des activités spécifiques qu'il mène. L'enquête 2007 est d'ailleurs limpide à cet égard :

Aux fins de l'ECDBP, les organismes religieux sont définis comme étant des congrégations ou des groupes de congrégations. Les organismes d'inspiration religieuse qui œuvrent dans d'autres secteurs, l'aide humanitaire et le développement international, les services sociaux ou la santé par exemple, ne sont pas classés dans la catégorie des organismes religieux<sup>66</sup>.

**Religion :** Cette catégorie regroupe des organismes qui mettent en valeur les croyances religieuses, célèbrent des services et des rites religieux (par exemple, les églises, les mosquées, les synagogues, les temples, les sanctuaires, les séminaires, les monastères et autres institutions religieuses du genre), ainsi que leurs organismes auxiliaires<sup>67</sup>.

---

65. Enquête 2007, préc., note 47, à la page 23. Plus précisément, 74 % de la valeur totale des dons effectués par les personnes qui participent hebdomadairement à des services religieux a été versée à des organismes religieux.

66. Voir l'*Enquête 2007*, préc., note 47, à la p. 15, n.9.

67. Précisons que cette définition de « religion » concorde avec l'interprétation offerte par l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») à l'égard de la catégorie « avancement de la religion ». Voir Agence du revenu du

C'est ainsi, par exemple, que des organismes d'inspiration religieuse, tels la *Fondation Jules et Paul-Émile Léger* (mieux connue sous l'appellation publique « L'œuvre Léger »), qui finance les activités de sept œuvres distinctes au Québec comme ailleurs<sup>68</sup>, ou encore *Le bon dieu dans la rue, organisation pour jeunes adultes*, qui a été fondée en 1988 par le père Emmett Johns, sont classés sous la rubrique « Bien-être » alors qu'une fabrique, comme par exemple la *Fabrique de la paroisse de la purification de la bienheureuse vierge Marie archidiocèse de Montréal*, apparaît plutôt sous la rubrique « religion »<sup>69</sup>.

Nous devons préciser, cependant, que l'on ne recueille, dans le cadre des enquêtes, que les renseignements sur les organismes qui sont les récipiendaires directs des dons<sup>70</sup>. Les enquêtes ne permettent malheureusement pas d'identifier les transferts de fonds que les organismes religieux pourraient avoir effectués au profit d'autres organismes dont la mission est de venir en aide aux personnes les plus vulnérables. Dans la même veine, les transferts de fonds que les autres OBE auraient pu avoir effectués en faveur des organismes religieux ne sont pas pris en compte.

Il nous apparaît important d'analyser ces transferts de fonds puisque cela nous permettrait d'obtenir un portrait beaucoup plus exact de l'attribution de la dépense fiscale relative

---

Canada, T4063 Rév. 08, *L'enregistrement d'un organisme de bienfaisance aux fins de l'impôt sur le revenu*.

68. Voir le site web de la Fondation Jules et Paul-Émile LÉGER, [www.leger.org](http://www.leger.org).

69. Au terme du paragraphe 149.1(14) LIR, les OBE ont l'obligation de produire une déclaration de renseignements selon le formulaire prescrit T3010. L'organisme doit, entre autres, indiquer les trois principaux domaines dans lesquels il mène des programmes. Nous avons analysé les déclarations de renseignements produites par les trois organismes dont il est fait référence. Les deux premiers, bien que d'inspiration religieuse, apparaissent sous la rubrique « Bien-être » alors que le troisième fait partie de la catégorie « religion ». L'ARC n'utilise pas la classification reproduite en Annexe A. Elle s'en tient plutôt à 5 catégories soit Bien-être, Santé, Éducation, Religion et Bénéfice à la communauté et autre.

70. Voir note infrapaginale 8 de l'Enquête 2007, préc., note 47, à la page 15.

à la bienfaisance. Nous avons débuté, en décembre dernier, un projet de recherche qui consiste à analyser les déclarations de renseignements et les états financiers des organismes de bienfaisance classés sous la rubrique « religion ». L'objectif de cette étude est, entre autres, de découvrir, sur le plan national, dans quelle proportion les organismes religieux redistribuent les fonds qu'ils reçoivent en faveur des autres OBE. En date du 17 janvier 2011, on comptait 85 540 OBE au Canada. De ce nombre, 33 331 étaient classés sous la catégorie « religion »<sup>71</sup>. En utilisant la méthode du plan stratifié avec allocation proportionnelle<sup>72</sup>, nous analyserons les états financiers de 1752<sup>73</sup> organismes religieux. Cet échantillonnage procure le niveau de confiance le plus élevé possible (99 %) en plus d'offrir une marge d'erreur minime de 3 %. Les résultats de cette étude seront publiés dans un article distinct à paraître cette année.

Il s'ensuit que les statistiques dont nous disposons nous indiquent que les donateurs canadiens ont donné, en 2007, plus de 4,6 milliards de dollars pour la promotion du culte religieux<sup>74</sup>. Comme la dépense fiscale relative à la bienfaisance totalisait un peu plus de 3,4 milliards de dollars en 2007<sup>75</sup> et que 46 % des

- 
71. Dans le site web de l'ARC, nous retrouvons un moteur de recherche qui permet d'identifier les OBE en fonction du type d'organismes. Les organismes sont divisés en 5 grandes catégories soit « Bien-être », « Santé », « Éducation », « Religion » et « Bénéfice à la communauté et autre ». Les organismes religieux sont, pour leur part, subdivisés en 23 sous-catégories, chacune correspondant essentiellement aux divers congrégations, confessions ou groupes religieux présents au Canada. Il est également possible de raffiner la recherche afin d'obtenir le portrait dans chaque province ou territoire. Disponible en ligne <http://www.cra-arc.gc.ca/ebci/haip/srch/advancedsearch-fra.action>
  72. Hervé MORIN, *Théorie de l'échantillonnage*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 54-59 et Yves TILLÉ, *Théorie des sondages : Échantillonnage et estimation en populations finies*, Paris, Dunod, 2001.
  73. Nous avons utilisé le logiciel « Sample Size Calculator, The Survey System » pour obtenir ce résultat. Logiciel disponible en ligne <http://www.surveysystem.com/sscalc.htm#one>
  74. Soit 46 % du total des dons estimé à 10 milliards de dollars. Enquête 2007, préc., note 47, à la page 9.
  75. La dépense fiscale relative aux crédits d'impôt pour dons octroyés aux particuliers totalisait 2 538 000 000 \$, le taux d'inclusion réduit ou la



dons ont été effectués en faveur d'organismes visant à promouvoir la religion, nous pouvons avancer qu'approximativement<sup>76</sup> 1,56 milliard de dollars de fonds publics ont été investis pour mettre en valeur les diverses croyances religieuses, et ce, au niveau fédéral seulement<sup>77</sup>.

Ceci étant dit, nous reconnaissons que les organismes religieux contribuent au bien-être de leurs membres et de la collectivité dans leur ensemble. Un nombre très important d'organisations, dont la mission est résolument orientée vers la prestation de services en faveur de personnes pauvres ou démunies, ont en effet vu le jour suite à l'initiative d'organismes religieux, de groupes confessionnels ou encore de leurs membres. De plus, il nous apparaît indéniable que bon nombre de personnes vulnérables trouvent encore aujourd'hui réconfort, soutien et aide auprès de ces organisations. Mais dans la perspective de la

---

non-imposition des gains en capital applicable aux dons de titres cotés en bourse, de terres écosensibles ou de biens culturels effectués par les particuliers a engendré une dépense fiscale de 57 000 000 \$, la dépense fiscale relative aux déductions pour dons accordées aux sociétés totalisait 438 000 000 \$, le taux d'inclusion réduit ou la non-imposition des gains en capital applicable aux dons de titres cotés en bourse, de terres écosensibles ou de biens culturels effectués par les sociétés a engendré une dépense fiscale de 77 000 000 \$ alors que les remboursements partiels de la TPS totalisaient 295 000 000 \$. Voir ministère des Finances du Canada, *Dépenses fiscales et évaluations 2010*, (2010), en ligne : ministère des Finances <http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2010/taxexpl001-fra.asp>, Tableau 1, 2 et 3.

76. Il ne peut s'agir d'un chiffre exact dans la mesure où nous ne connaissons pas la portion des dons ayant fait l'objet d'un crédit d'impôt de 15 % ou de 29 % (12,53 % ou 24,22 % pour les résidents du Québec lorsqu'on tient compte de l'abattement), ni la portion des dons qui provient des sociétés. Nous ne connaissons pas non plus la portion de dons de titres cotés en bourse, de biens écosensibles et de biens culturels reçue par les organismes religieux ni le montant des remboursements partiels de TPS qu'ils ont réclamés. Enfin, nous ne connaissons pas encore quelle portion des dons reçus a été transférée à d'autres donataires reconnus.
77. Toujours selon les données disponibles, c'est-à-dire en ne tenant pas compte des transferts de fonds que les organisations religieuses auraient pu avoir effectués au profit d'autres organismes et vice-versa.

politique fiscale, deux choses demeurent : en premier lieu, nos récents gouvernements, qu'ils soient libéral ou conservateur, n'ont jamais identifié la promotion du culte religieux comme étant un « objectif stratégique »<sup>78</sup> de leur gouvernement et pourtant, ils y ont consacré systématiquement plus d'un milliard de dollars par année au cours de la dernière décennie. En second lieu, force est d'admettre que les bénéfices que peuvent tirer les personnes vulnérables des pratiques et croyances religieuses sont difficilement mesurables.

En résumé, les organismes classés sous la rubrique « services sociaux », soit ceux dont la mission principale est de fournir de l'aide directe en faveur des personnes vulnérables, n'ont reçu, en moyenne, que 10 % de la valeur totale des dons au cours des périodes couvertes par les enquêtes. Il va sans dire que cette proportion est appelée à augmenter lorsqu'on considère les dons que les fondations et autres organismes de collecte de fonds<sup>79</sup> ont pu effectuer en faveur des organismes de services sociaux, mais nous n'en connaissons malheureusement pas la teneur. Il en va de même pour les transferts de fonds effectués, le cas échéant, par les organismes religieux en faveur des autres organismes, dont les organismes de services sociaux. Notre étude à paraître sur le sujet apportera un éclairage additionnel à cet égard.

D'autre part, il n'est pas surprenant que le discours gouvernemental<sup>80</sup> ne concorde pas avec la réalité. En raison de la structure intrinsèque de la dépense fiscale relative à la bienfaisance, le gouvernement ne peut exercer un quelconque contrôle sur l'ampleur et l'affectation de cette dernière. Ce sont plutôt les donateurs qui décident, ultimement, du coût et de l'attribution de cette dépense fiscale en fonction du nombre et des

---

78. Voir la définition de « dépense fiscale », *supra* note 20.

79. Soit les organismes classés sous la catégorie « Octroi de subventions, collecte de fonds et promotion du bénévolat » qui ont reçu, en moyenne, 6 % de la valeur totale des dons au cours des périodes couvertes par les enquêtes.

80. Voir *supra* section 2.1.

montants des dons qu'ils effectuent ainsi que des organismes qu'ils choisissent d'appuyer.

### **3. Efficacité de la dépense fiscale en période de récession ou de ralentissement économique**

L'intérêt particulier d'étudier les périodes de récession<sup>81</sup> et de ralentissement économique<sup>82</sup> provient du fait qu'elles sont accompagnées, entre autres, de pertes d'emplois, de diminution de salaire ainsi que d'une augmentation du taux de chômage, ce qui provoque une augmentation du nombre de personnes vulnérables ou une détérioration de leur condition déjà précaire. Dans les deux cas, les besoins sociaux augmentent.

Il serait très certainement opportun que l'aide gouvernementale augmente au fur et à mesure que les besoins sociaux croissent, de façon à intervenir efficacement au moment où les besoins sont les plus criants<sup>83</sup>. Cependant, l'architecture même de la dépense fiscale liée aux OBE implique que l'État n'a

---

81. Une récession se définit comme étant une diminution du produit intérieur brut pendant deux trimestres consécutifs. Durant ces périodes, on constate une diminution de la consommation (demande en matière de biens et services), une diminution des bénéfices des entreprises, des pertes d'emplois importantes (le niveau d'emploi a diminué de plus de 2 % depuis octobre 2008, ce qui a représenté une perte de plus de 360 000 emplois nets. Voir Bureau du directeur parlementaire du budget, *Développement du marché du travail canadien : impacts de la récession, tendances récentes et perspectives futures* par Stephen Tapp, Ottawa, bureau du directeur parlementaire du budget, 2009) des diminutions de salaire et une augmentation du taux de chômage. Le pouvoir d'achat étant ainsi affecté, un cercle vicieux s'installe, car cela affecte encore davantage la demande en matière de biens et services. Il s'ensuit nécessairement une compression au niveau des recettes fiscales de l'État.

82. On parle de ralentissement économique lorsque la croissance du produit intérieur brut (« PIB ») diminue, mais reste tout de même positive, c'est-à-dire que l'économie continue de croître, mais plus lentement.

83. Dans le discours sur le budget de 1996, le gouvernement rappelle d'ailleurs le rôle important que jouent les organismes de bienfaisance et sans but lucratif particulièrement en temps de récession. Voir *supra* note 34.

aucun contrôle à l'égard du moment et du montant de l'aide qu'il fournit par son intermédiaire. Ce sont plutôt les donateurs qui décident de cela, en fonction du nombre et de la valeur de leurs dons ainsi que du moment où ils les effectuent. Il devient donc difficile de conclure que l'intervention de l'État en matière de bienfaisance s'inscrit dans le cadre d'une politique fiscale cohérente et intégrée.

De prime abord, on pourrait croire que la structure même de la dépense fiscale liée à la bienfaisance engendre un effet pervers. Il serait en effet logique de s'attendre à ce que la valeur totale des dons diminue en période de récession ou de ralentissement puisque la capacité contributive de plusieurs donateurs potentiels est susceptible d'être affectée<sup>84</sup>. Si tel était le cas, l'intervention étatique par la dépense fiscale de bienfaisance serait pour le moins anticyclique et incohérente avec la théorie keynésienne<sup>85</sup> dans la mesure où elle diminue au même rythme que les dons au lieu d'augmenter en période de ralentissement ou de récession.

### **3.1 Le modèle keynésien : bref aperçu, rupture et renaissance**

Un des postulats à la base de la théorie keynésienne repose sur l'idée qu'en période de ralentissement économique ou de récession, les particuliers et les sociétés ont tendance à réduire leurs dépenses au profit de l'épargne. Un cercle vicieux s'installe nécessairement puisque ce faisant, l'économie s'enlise davantage. C'est d'ailleurs pour atténuer ce contrecoup que Keynes plaide pour une politique de stabilisation active menée par les pouvoirs publics en préconisant, entre autres, une réduction des impôts et

---

84. D'ailleurs, dans l'*Enquête 2000*, les rédacteurs du rapport postulent qu'une augmentation du niveau de revenu devrait avoir une répercussion favorable sur les dons de bienfaisance dans la mesure où les gens ont plus d'argent à consacrer aux dépenses discrétionnaires. *Enquête 2000*, préc., note 55, à la p. 13. L'inverse est aussi vrai.

85. John MAYNARD KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, trad. par Jean de Largentaye, Paris, Puyot, 1942.

des taux d'intérêt conjuguée à une augmentation des dépenses du secteur public, ce qui stimulerait la demande, relancerait la production et l'emploi bref, aiderait l'économie à sortir de la récession<sup>86</sup>.

À ce stade, il serait très certainement opportun de se questionner sur la pertinence de référer, en 2011, à la théorie keynésienne. Comme le soulignent les auteurs Johnson et Mahon<sup>87</sup>, la politique canadienne a connu, au milieu des années 1990, une rupture avec le paradigme keynésien; les reflets les plus patents étant les changements dans le programme d'assurance-emploi et l'élimination du programme universel d'allocations familiales<sup>88</sup>. Un autre auteur traite, en ces termes, de l'abandon du modèle keynésien au cours des années 1990 :

Beginning in the late 1980s, and continuing into the new millennium, Canadian federal economic policy was largely influenced by two goals: 1) eliminating the federal deficit and reducing the total debt relative to economic output, and 2) maintaining control over inflation. In pursuing these goals, the federal government largely abandoned an activist Keynesian approach to fiscal policy, particularly in the 1990s and the early years of the new millennium<sup>89</sup>.

- 
86. Dans ses travaux, Keynes n'a jamais présenté ses idées de façon aussi lapidaire. Il s'agit bien entendu d'un très succinct résumé des éléments clés de sa théorie. Voir sur la question, WIRIK, Ronald G., « Keynesian Economics », *The Canadian Encyclopedia*, disponible en ligne : <http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=A1ARTA0004289>, WIRIK, Ronald G., « Stabilization », *The Canadian Encyclopedia*, disponible en ligne : <http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=A1ARTA0007643> et Matthew MCCLEARN, *Economic recession: Battle royale*, Canadian Business magazine, 2 mars 2009.
87. Robert JOHNSON et Rianne MAHON, *Nafta, the Redesign, and Rescaling of Canada's Welfare State* (2005) Vol. 76 Studies in political Economy.
88. *Id.*, aux pages 10 et 11.
89. Jay MAKARENKO, *Federal Fiscal Policy in Canada: History, Operation, and Trends in the Global Recession*, Mapleleafweb, 13 octobre 2009, p. 11. Disponible en ligne: <http://www.mapleleafweb.com/features/federal-fiscal-policy-canada-history-operation-and-trends-global-recession>

Cependant, une analyse des dernières mesures fiscales et budgétaires adoptées par le gouvernement conservateur dans son Budget 2009-2010 ainsi que du Rapport sur la politique monétaire publié par la Banque du Canada en juillet 2009<sup>90</sup> - en réponse aux impératifs de la dernière récession mondiale - nous pousse à conclure que le keynésianisme canadien est encore bien vivant. Pour s'en convaincre, qu'il suffise de penser au *Plan d'action économique du Canada* qui contient un ensemble de dépenses publiques destinées à stimuler l'économie canadienne, à la baisse des impôts des particuliers, mais surtout au retour des déficits budgétaires jusqu'en 2012-13<sup>91</sup>.

### 3.2 Fluctuation de la dépense fiscale

En nous référant à la théorie Keynésienne, nous posons l'hypothèse que les particuliers et les sociétés réduisent leurs dons en période de récession ou de ralentissement économique puisque la capacité contributive<sup>92</sup> de ces donateurs est elle-même affectée par cette conjoncture économique. Pour mesurer l'évolution de la valeur totale des dons effectués, nous avons analysé la valeur totale des crédits d'impôt réclamés par les particuliers ainsi qu'à la valeur totale des déductions demandées par les sociétés, dans

- 
90. Banque du Canada, *Rapport sur la politique monétaire*, juillet 2009, à la p. 4. Le graphique 2 démontre très clairement une chute drastique des taux d'intérêt directeurs au fur et à mesure que la récession s'accroît au Canada.
  91. Le déficit anticipé au cours de la période s'étalant de 2009-10 à 2012-13 étant de 83,8 milliards de dollars. Plusieurs analystes économiques s'entendent d'ailleurs pour dire que les derniers budgets canadiens et américains s'inscrivent clairement dans la théorie keynésienne. Voir, entre autres, Dick ARMEY, *Washington Could Use Less Keynes and More Hayek*, *The Wall Street Journal*, 4 février 2009, David BRIGHT, *Thanks to recession, Keynes's stock rises*, *Fast Forward Weekly*, 12 mars 2009, Colin CAMPBELL, *How Keynes became cool again*, *MacLeans.ca*, 24 février 2009.
  92. La capacité contributive des sociétés est affectée puisque l'on constate une diminution de la consommation et des bénéfices des entreprises. La capacité contributive des particuliers est aussi affectée puisqu'on constate des pertes d'emploi, des diminutions de salaire ainsi qu'une augmentation du taux de chômage. Voir *supra* note 81.

la mesure où le montant de ces dépenses fiscales dépend, en substance, de la valeur des dons effectués par les particuliers ou les sociétés, selon le cas. Nous verrons, cependant, que certaines modifications aux règles fiscales ont eu pour effet de réduire le coût de l'une ou l'autre de ces dépenses fiscales sans que cela ne se traduise par une diminution réelle de la valeur totale des dons effectués au cours d'un exercice donné. Nous apporterons les précisions qui s'imposent lorsqu'il en sera ainsi<sup>93</sup>.

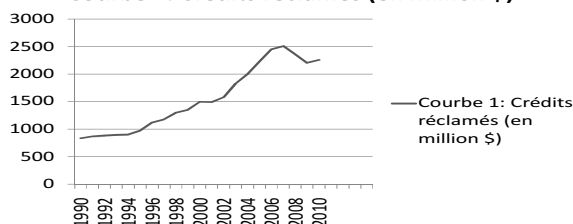
L'analyse porte sur les années 1990 à 2010, soit la période qui englobe les trois plus récentes crises économiques, à savoir la récession d'avril 1990 à avril 1992<sup>94</sup>, le ralentissement économique attribuable à la bulle technologique de 2000 à 2002 ainsi que la plus récente récession qui a débuté en octobre 2008 pour se terminer au premier trimestre de 2010.

La Courbe 1 dresse le portrait général de l'évolution des crédits d'impôt réclamés par les particuliers, alors que la Courbe 2 montre celui des déductions réclamées par les sociétés, le tout au cours de la période de 21 ans étudiée<sup>95</sup>. Le Tableau 2, pour sa

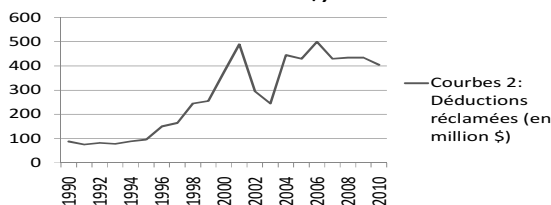
- 
93. Il aurait été préférable de connaître, avec exactitude, le montant des dons effectués par les particuliers et les sociétés aux époques pertinentes. Les données nationales sur les dons n'existent, malheureusement, que pour les années 1997, 2001, 2004 et 2007, soit celles couvertes par les Enquêtes. Voir *supra* note 14. De surcroît, ces Enquêtes ne compilent pas que les dons de bienfaisance, mais plutôt tous les dons. Le montant des crédits d'impôt et déductions réclamés par les particuliers et les sociétés respectivement demeure donc le meilleur indicateur disponible pour mesurer l'évolution de la valeur totale des dons de bienfaisance effectués par ces derniers.
94. Philip CROSS, « Sur la piste du cycle d'affaires : analyse mensuelle de l'économie à Statistique Canada, 1926-2001 », *L'Observateur économique canadien* 14 : 12 (décembre 2001), en ligne : Statistique Canada <<http://www.statcan.gc.ca/bsolc/olc-cel/olc-cel?long=fra&catno=11-010-x20010126040>>.
95. Toutes les données répertoriées proviennent de rapports préparés par le Ministère des Finances du Canada et intitulés « Dépenses fiscales liées aux impôts directs des particuliers et des sociétés », « Dépenses fiscales » ou encore « Dépenses fiscales et évaluations ». Il s'agit du même type de rapport bien que sa nomenclature ait changé au fil des années. Aussi, dans la mesure où chacun de ces rapports se veut cumulatif et qu'il

part, regroupe les données précises à l'égard des crédits et déductions réclamées au cours même desdites périodes de récession ou de ralentissement économique.

**Courbe 1: Crédits réclamés (en million \$)**



**Courbes 2: Déductions réclamées (en million \$)**



couvre ainsi plusieurs exercices financiers, nous avons constaté que les données à l'égard d'un même exercice pouvaient varier d'un rapport à l'autre. Pour contrer cette difficulté, nous avons systématiquement utilisé les données les plus récentes. À titre d'exemple, pour l'exercice de 2000, nous avons utilisé le rapport de 2005, qui fournit l'estimation des dépenses fiscales pour 2000 à 2002 et les projections pour les exercices de 2003 à 2005.



**Tableau 2**

	Récession 1990 - 1992				Ralentissement 2000 - 2002				Récession 2008 - 2010 <sup>96</sup>			
	1990	1991	1992	1993	2000	2001	2002	2003	2007	2008	2009	2010
<b>Crédits<sup>97</sup></b>	834 <sup>98</sup>	867 <sup>99</sup>	882 <sup>100</sup>	894 <sup>101</sup>	1495 <sup>102</sup>	1490 <sup>103</sup>	1580 <sup>104</sup>	1825 <sup>105</sup>	2510	2360	2205	2255

96. Toutes les données relatives à la récession de 2008 à 2010 proviennent du Ministère des Finances du Canada, «Dépenses fiscales et évaluations 2010». Voir le tableau 1 pour la valeur des crédits réclamés par les particuliers et le Tableau 2 pour la valeur des déductions réclamées par les sociétés. Disponible en ligne: ministère des Finances <<http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2010/taxexp1001-fra.asp>.
97. Il s'agit de la valeur des crédits d'impôt réclamés par les particuliers en million de dollars. Depuis 1997, la dépense fiscale relative au crédit pour don de bienfaisance inclut le crédit pour don à l'état. Dans la mesure où les données subséquentes à 1997 englobent le crédit pour don à l'état, nous avons ajouté ce montant pour les années 1990 à 1993. Pour les années 2007 et suivantes, les crédits d'impôt réclamés suite aux dons de titres cotés en bourse ont été pris en compte. Cependant, les crédits d'impôt liés aux dons de biens culturels et de biens écosensibles n'ont pas été considérés puisqu'il ne s'agit pas de dons de bienfaisance à proprement parler bien que le Ministère des Finances du Canada les considère comme tels dans ses rapports.
98. Canada, ministère des Finances, *Dépenses fiscales liées aux impôts directs des particuliers et des sociétés*, Décembre 1993.
99. Canada, ministère des Finances, *Dépenses fiscales*, décembre 1994 aux pp. 25-26, tableau 1.
100. *Id.*
101. Canada, ministère des Finances, *Dépenses fiscales*, 1995 à la p. 31, tableau 1.
102. Ministère des Finances du Canada, «Dépenses fiscales et évaluations 2005 » (mai 2010), tableau 1, en ligne: ministère des Finances <[http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2005/taxexp05\\_2-fra.asp](http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2005/taxexp05_2-fra.asp)>.
103. Ministère des Finances du Canada, «Dépenses fiscales et évaluations 2006 » (mai 2010), tableau 1, en ligne: ministère des Finances <[http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2006/taxexp\\_2-fra.asp](http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2006/taxexp_2-fra.asp)>.
104. *Id.*
105. *Id.*

**Tableau 2 (suite)**

	Récession 1990 - 1992				Ralentissement 2000 - 2002				Récession 2008 - 2010			
	1990	1991	1992	1993	2000	2001	2002	2003	2007	2008	2009	2010
<b>Déductions<sup>106</sup></b>	88 <sup>107</sup>	75 <sup>108</sup>	82 <sup>109</sup>	78 <sup>110</sup>	375 <sup>111</sup>	490 <sup>112</sup>	295 <sup>113</sup>	245 <sup>114</sup>	430	435	435	405

Dans un premier temps, nous analyserons l'évolution de la dépense fiscale liée aux crédits d'impôt réclamés par les particuliers. Celle relative aux déductions accordées aux sociétés sera abordée par la suite.

### 3.2.1 Évolution de la dépense fiscale liée aux particuliers : les crédits d'impôt

En nous basant sur les données présentées dans le Tableau 2, nous constatons, en premier lieu, que la valeur des crédits d'impôt réclamés par les particuliers est demeurée en croissance durant la récession de 1990 à 1992 ainsi qu'au cours du ralentissement économique de 2000 à 2002<sup>115</sup>. En ce qui concerne la récession de 2008 à 2010, précisons d'emblée que les statistiques applicables aux crédits d'impôt réclamés au cours de

106. En million de dollars.

107. *Supra* note 98 à la p. 28, tableau 2.

108. *Id.*

109. *Supra* note 99 à la p. 34, tableau 2.

110. Canada, ministère des Finances, *Dépenses fiscales*, 1997 à la p. 38, tableau 2.

111. Ministère des Finances du Canada, « Dépenses fiscales et évaluations 2005 » (mai 2010), tableau 1, en ligne : ministère des Finances <[http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2005/taxexp05\\_3-fra.asp](http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2005/taxexp05_3-fra.asp)>.

112. Ministère des Finances du Canada, « Dépenses fiscales et évaluations 2006 » (mai 2010), tableau 1, en ligne : ministère des Finances <[http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2006/taxexp\\_3-fra.asp](http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2006/taxexp_3-fra.asp)>.

113. Ministère des Finances du Canada, « Dépenses fiscales et évaluations 2007 » (mai 2010), tableau 1, en ligne: ministère des Finances <[http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2007/taxexp07\\_3-fra.asp](http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2007/taxexp07_3-fra.asp)>.

114. Ministère des Finances du Canada, « Dépenses fiscales et évaluations 2008 » (mai 2010), tableau 2, en ligne: ministère des Finances <[http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2008/taxexp08\\_3-fra.asp](http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2008/taxexp08_3-fra.asp)>.

115. Sauf une légère diminution entre 2000 et 2001.

cette période ne procurent pas un portrait réel de la situation puisqu'elles ne constituent que de simples projections établies par le ministère des Finances du Canada. Cela étant, nous avons tout de même cru pertinent de compiler ces dernières statistiques, si ce n'est que pour souligner le caractère étonnant de ces projections. Alors que la valeur des crédits d'impôt réclamés par les particuliers est demeurée constante lors de la récession de 1990-1992 et du ralentissement de 2000-2002, le ministère des Finances suit une direction opposée à celle observée puisqu'il projette plutôt une décroissance<sup>116</sup>.

La Courbe 1 nous offre cependant un portrait beaucoup plus révélateur. Bien que la valeur des crédits d'impôt réclamés soit demeurée en croissance au cours des deux premières périodes de crise économique étudiées, la croissance observée a substantiellement ralenti lors de ces périodes. Il suffit de regarder ladite courbe pour s'en convaincre.

Il est a priori surprenant de constater que la dépense fiscale relative aux dons effectués par les particuliers n'a pas régressé (sauf pour la dernière récession où le ministère des Finances projette une baisse) au cours des périodes de crise économique étudiées. À notre avis, ce résultat est susceptible de s'expliquer par trois facteurs distincts soient : la concentration du soutien financier en matière de bienfaisance, l'augmentation de la population canadienne et enfin la bonification du crédit d'impôt offert aux particuliers. Nous traiterons de chacun de ces facteurs dans l'ordre.

Le soutien financier offert aux OBE est très concentré au Canada. Les statistiques les plus récentes sur le sujet, à savoir celles concernant l'année 2007, indiquent en effet que 82 % de la valeur totale des dons provient du 25 % des donateurs ayant fait

---

116. La dépense fiscale était estimée à 2,51 milliards en 2007, soit l'année qui précède la récession, alors que le ministère des Finances projette 2,26 milliards au cours de l'année où elle prend fin (2010).

don d'au moins 364 \$ au cours de l'exercice de 2007<sup>117</sup>. Dans le même ordre d'idée, les 10 % de donateurs qui ont fait des dons de 1 002 \$ ou plus sont, pour leur part, à l'origine de 62 % de la valeur totale des dons. Et comme la probabilité de faire partie des principaux donateurs augmente en fonction du revenu familial, il s'ensuit que les donateurs à revenu plus élevé sont à l'origine d'une partie substantielle de la valeur totale des dons. Toujours en 2007, les personnes ayant un revenu familial supérieur à 60 000 \$ étaient à l'origine de 58 % de la valeur totale des dons alors qu'ils ne représentaient que 13 % de la population totale<sup>118</sup>. La progression constante de la valeur totale des dons (sauf au cours de la dernière récession où les projections indiquent plutôt une diminution), même en période de ralentissement économique ou de récession, pourrait donc s'expliquer partiellement par le fait que le groupe des principaux donateurs, composé majoritairement par la population la plus aisée financièrement, est moins susceptible d'être affecté par un ralentissement économique ou par une récession et que de ce fait, il ne réduise pas la fréquence et l'ampleur de ses dons.

L'augmentation de la population canadienne a pu aussi influencer sur la croissance de la valeur des crédits réclamés puisque le nombre de donateurs potentiels augmente. La population canadienne a augmenté d'environ 1 % par année depuis 1990<sup>119</sup>. Les hausses les plus significatives ont eu lieu entre 1990 et 1991 (1,25 %) et entre 2008 et 2009 (1,24 %). À l'opposé, c'est au cours

---

117. Dit autrement, l'ensemble des dons effectués par 75 % de la population n'a contribué qu'à la hauteur de 18 % de la valeur totale des dons. *Enquête 2007*, préc., note 47, à la p. 20.

118. *Enquête 2007*, préc., note 47, aux pages, 15, 20 et 21. Les Enquêtes 1997, 2000 et 2004 offrent des statistiques similaires. *Enquête 1997*, *supra* note 46, Figure 1.3 et Tableau 1.1, aux pages 15 et 17, *Enquête 2000*, préc., note 55, Figure 1.3 et Tableau 1.2, aux pages 19 et 21, *Enquête 2004*, préc., note 56, Figure 1.2 et Tableau 1.2, aux pages 15 et 17.

119. Données tirées de : Canada, Statistique Canada, Tableau 051-0001 : Estimations de la population, selon le groupe d'âge et le sexe au 1<sup>er</sup> juillet, Canada, provinces et territoires, annuel, CANSIM, E-STAT, disponible en ligne : <http://estat.statcan.gc.ca/cgi-win/cnsmcgi.exe?Lang=F&EST-Fi+EStat/Français/CII1-fra.htm>

de la période s'échelonnant de juillet 1997 à juin 1999 que la croissance fut la plus faible, soit 0,83 % de 1997 à 1998 et 0,82 % de 1998 à 1999. Afin de vérifier dans quelle mesure l'augmentation de la population a pu influencer sur la croissance de la valeur des crédits réclamés, nous avons confronté ces statistiques pour les trois périodes étudiées. En ce qui concerne la récession du début des années 1990, nous constatons que le taux de croissance de la population a été en déclin au cours de cette période et qu'il en a été de même à l'égard de la croissance des crédits réclamés<sup>120</sup>. La situation fut cependant différente lors du ralentissement économique de 2000-2002. Alors que le taux de croissance de la population a diminué, la croissance de la valeur des crédits d'impôt réclamés a, pour sa part, explosé<sup>121</sup>. Relativement à la dernière récession, bien que la population ait augmenté de 1,20 % entre juillet 2007 et juillet 2008 et de 1,24 % entre 2008 et 2009<sup>122</sup>, il n'en demeure pas moins que le ministère des Finances projette une diminution de 5,8 % de la valeur des crédits réclamés entre 2007 et 2008 et une diminution de 6,6 % entre 2008 et 2009. En résumé, on constate une certaine corrélation entre l'augmentation de la population canadienne et la croissance de la valeur totale des dons effectués par les particuliers, mais l'influence qu'a pu avoir la première sur la seconde demeure marginale.

La bonification du crédit d'impôt découle de deux mesures fiscales particulières. En premier lieu, le seuil au-delà duquel les dons de bienfaisance donnent droit à un crédit de 29 % est passé

---

120. La population canadienne a augmenté de 1,25 % de 1990 à 1991, de 1,19 % de 1991 à 1992 et de 1,1 % de 1992 à 1993. Voir Tableau 051-0001, *supra* note 119. La croissance de la valeur des crédits d'impôt réclamés a été de 3,96 % de 1990 à 1991, de 1,73 % de 1991 à 1992 et de 1,36 % de 1992 à 1993. Voir le Tableau 2 à cet effet.

121. La population a augmenté de 1,09 % de 2000 à 2001, de 1,08 % de 2001 à 2002 et de 0,91 % de 2002 à 2003. Voir Tableau 051-0001, *supra* note 119. La valeur des crédits d'impôt réclamés a pour sa part décliné de 0,33 % de 2000 à 2001, mais a connu une croissance de 6,04 % de 2001 à 2002 et de 15,5 % de 2002 à 2003. Voir *supra* Tableau 2 à cet effet.

122. Il s'agit des deux plus fortes croissances observées au cours des 18 dernières années. Voir Tableau 051-0001, *supra* note 119

de 250 \$ à 200 \$ en 1994<sup>123</sup>. Cette bonification du crédit, qui touche tout particulier déclarant des dons de bienfaisance de plus de 200 \$ au cours d'une même année, semble avoir eu un impact immédiat sur l'ampleur de la dépense fiscale puisqu'elle a augmenté de 75 millions de dollars, passant de 900 millions en 1994 à 975 millions en 1995<sup>124</sup>.

La seconde mesure concerne l'augmentation du plafond du revenu net auquel sont assujettis les dons de bienfaisance effectués par les particuliers<sup>125</sup>. Lorsqu'un donateur consacre plus de 20 % (ou 50% pour 1996) de son revenu net à des dons de bienfaisance, cette augmentation du plafond a pu avoir pour effet de faire augmenter la dépense fiscale (valeur des crédits réclamés) dans la mesure où elle permet de réclamer un crédit plus élevé, et ce, même si le montant du don effectué par un particulier demeurerait inchangé<sup>126</sup>. Cela étant, l'augmentation du plafond ne semble pas avoir eu un impact significatif sur la dépense fiscale puisqu'elle s'élevait à 1,12 milliard en 1996, soit au moment où le plafond était de 50 %, alors qu'elle s'élevait à 1,18 milliard en 1997, soit au cours de l'année où le plafond a été porté à 75 %. Ce

---

123. Pour les dons de plus de 200 \$, cela signifie qu'une tranche de 50 \$ supplémentaire donne droit au crédit de 29 % plutôt que de 16 %. Cette bonification du crédit, qui touche tous les contribuables reportant des dons supérieurs à 200\$ au cours d'une année, semble avoir eu un impact significatif sur la dépense fiscale puisqu'elle s'élevait à 900 millions en 1994 et à 975 millions en 1995.

124. Soit une augmentation de 8.3 %. La dépense fiscale n'a pas connue pareille augmentation au cours des années antérieures étudiées.

125. Le plafond était de 20 % en 1995, de 50 % en 1996 et de 75 % pour les années subséquentes à 1996.

126. Par exemple, un particulier ayant un revenu net de 100 000 \$ en 1997 et ayant fait un don de 90 000 \$ au cours de la même année sera réputé avoir fait un don de 75 000 \$, soit 75 % de son revenu net. Il pourra réclamer un crédit de 15 % sur la première tranche de 200 \$ de don et de 29 % sur l'excédent de 74 800 \$. La dépense fiscale afférente à ce don de 90 000 \$ serait donc de 21 722 \$ pour l'année 1997 si on fait abstraction de l'abattement du Québec. Si le même don de 90 000 \$ avait plutôt été effectué en 1993, le don aurait été ramené à 20 000 \$ (20 % du revenu net) aux fins du calcul du crédit d'impôt. La dépense fiscale pour 1993 aurait donc été de 5 765 \$ (15 % sur la première tranche de 250 \$ et 29 % sur l'excédent de 19 750 \$).

résultat n'est pas surprenant étant donné que cet allègement ne concerne que les particuliers consacrant une portion substantielle<sup>127</sup> de leur revenu net aux dons de bienfaisance, ce qui n'est pas usuel.

Notre hypothèse est donc confirmée en partie en ce qui concerne les dons effectués par les particuliers. Bien que le Tableau 2 démontre que la valeur des crédits réclamés est demeurée en croissance au cours de la récession 1990-1992 et du ralentissement 2000-2002<sup>128</sup>, il n'en demeure pas moins que les particuliers se sont montrés moins généreux durant ces périodes puisque le taux de croissance des dons a alors substantiellement diminué<sup>129</sup>. Nous disons « en partie » parce que nous avions au départ envisagé que la valeur totale des dons allait diminuer, ce qui ne s'est pas produit. À la lumière de ce qui précède, la dépense fiscale est donc incohérente avec la théorie keynésienne puisque cette dernière aurait voulu que l'intervention étatique par l'intermédiaire de la dépense fiscale liée à la bienfaisance s'accroisse davantage en période de crise économique, ce qui ne fut point le cas.

### **3.2.2 Évolution de la dépense fiscale liée aux sociétés : les déductions**

La fluctuation de cette dépense fiscale est liée à deux facteurs : la valeur totale des dons effectués par les sociétés ainsi

---

127. Plus de 20 %, de 50 % ou de 75 %, selon l'année pertinente.

128. Nous passons ici sous silence la récession de 2008-2010 puisque les données disponibles constituent des projections du ministère des Finances plutôt que des estimations.

129. La courbe 1 indique que la valeur des crédits d'impôt réclamés a connu une croissance fulgurante entre 1990 et 2010, passant de 834 millions à 2,26 milliards de dollars. Cela étant, la même courbe démontre clairement que la progression fût plus lente de 1990 à 1994, quasi inexistante entre 2000 et 2002 et, comme nous l'avons vu, le ministère des Finances projette une diminution de la dépense à compter de l'année 2008; ces années concordant évidemment avec les trois périodes de crise étudiée.

que l'augmentation de la déduction d'impôt générale consentie aux sociétés.

Au cours de la récession 1990-1992, nous observons, en premier lieu, une diminution de la dépense fiscale de 14,75 % entre 1990 et 1991. La dépense a connu une hausse l'année suivante pour subir une autre chute immédiatement après. Force est de constater, cependant, qu'immédiatement après la récession, la dépense fiscale n'était pas parvenue à atteindre le niveau de 1990, de sorte que l'on peut tout de même remarquer une tendance générale à la baisse.

Au regard du ralentissement économique de 2000-2002, la valeur des dons effectués par les sociétés semble, a priori, avoir diminué de façon substantielle en raison dudit ralentissement économique<sup>130</sup>. Cette conclusion est cependant erronée puisque deux nuances s'imposent. En premier lieu, les dons effectués par les sociétés pour les années 2000 et 2001 ont été nettement supérieurs à la moyenne historique<sup>131</sup>. En comparaison, pour les années 1998 et 1999, la dépense fiscale était estimée à 245 et 255 millions de dollars respectivement<sup>132</sup>. À ce sujet, l'augmentation substantielle qu'a connue la dépense fiscale en 2000 et 2001 est probablement liée au don de 1,4 milliard de dollars effectué par la famille Chagnon en octobre 2000 lors de la création de la Fondation Lucie et André Chagnon.

La seconde nuance concerne la déduction d'impôt générale consentie aux sociétés<sup>133</sup> à compter de l'année d'imposition 2001, laquelle était de 1 % pour l'année d'imposition 2001, de 3 % pour

---

130. Voir *supra* Courbe 2 et Tableau 2.

131. Il s'agit d'une précision offerte par le Ministère des Finances. Voir la note 2 afférente au tableau 3, Ministère des Finances du Canada, « Dépenses fiscales et évaluations 2005 », *supra* note 102.

132. Ministère des Finances du Canada, « Dépenses fiscales et évaluations 2004 » (mai 2010), tableau 2, en ligne : Ministère des Finances <[http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2004/taxexp04\\_3-fra.asp](http://www.fin.gc.ca/taxexp-depfisc/2004/taxexp04_3-fra.asp)>.

133. En vertu du paragraphe 123.4(2) LIR.



l'année 2002 et de 5 % pour l'année 2003<sup>134</sup>. Cette déduction doit être prise en compte dans notre analyse puisqu'elle réduit le montant de la dépense fiscale même si la valeur totale des dons effectués par les sociétés était demeurée inchangée<sup>135</sup>. Ainsi, si l'on compare la valeur des déductions réclamées par les sociétés en 1999<sup>136</sup> (255 millions de dollars) avec celles réclamées juste après le ralentissement économique (245 millions en 2003), il s'ensuit que le ralentissement n'a eu aucune incidence sur cette diminution de 10 millions de dollars qu'a connue la dépense fiscale au cours de cette période. Cette chute de 10 millions de dollars s'explique plutôt par la déduction d'impôt générale accordée aux sociétés, laquelle n'existait pas encore en 1999 alors qu'elle était de 5 % en 2003<sup>137</sup>.

---

134. En vertu du paragraphe 123(1) LIR, le taux général d'imposition afférent aux sociétés est de 38 %. Selon le paragraphe 124(1) LIR, ce taux est ramené à 28 % lorsque le revenu imposable de la société est gagné dans une province. En tenant compte de la déduction d'impôt générale prévue au paragraphe 123.4(2) LIR, le taux d'impôt général applicable aux sociétés était de 27 % en 2001 (28 % - 1 %), de 25 % en 2002 (28 % - 3 %), de 23 % en 2003 (28 % - 5 %), de 21 % en 2004, 2005, 2006 et 2007 (28 % - 7 %), de 19.5 % en 2008 (28 % - 8.5 %), de 19 % en 2009 (28 % - 9 %) et de 18 % en 2010 (28 % - 10 %). Aux fins de la présente analyse, nous ne tiendrons pas compte du fait qu'une certaine portion des dons a pu être effectuée par des sociétés imposées à un taux moindre, en tout ou en partie, en raison de la déduction accordée aux petites entreprises (« DPE ») prévue au paragraphe 125(1) LIR. En premier lieu, aucune statistique n'est disponible à cet égard et en deuxième lieu, c'est davantage la tendance observée au cours des périodes de crise économique qui nous intéresse plutôt que le montant exact des dons effectués.

135. Prenons, par exemple, la situation d'une société qui fait un don de 100 000 \$. Si le don avait été fait en 2000, soit au moment où le taux d'imposition des sociétés était de 28 %, la dépense fiscale afférente à ce don serait de 28 000 \$ (28 % de 100 000 \$). Si le don avait plutôt été effectué en 2003, soit au cours de l'année où le taux d'imposition applicable aux sociétés était de 23 % en raison de la réduction de 5 %, la dépense fiscale qui découle du même don de 100 000 \$ serait de 23 000 \$ (23 % de 100 000 \$).

136. Les années 2000 et 2001 n'étant pas prises en compte puisque les dons sont anormalement élevés. *Supra* note 131.

137. En fait, la valeur totale des dons était plus élevée en 2003 qu'en 1999 bien que la dépense fiscale y afférente était moindre. Les dons effectués

En ce qui concerne la dernière récession, les projections du ministère des Finances à l'égard des déductions réclamées par les sociétés semblent converger vers une augmentation de la valeur totale des dons durant cette période. En effet, dans la mesure où la dépense fiscale s'élevait à 430 millions de dollars pour l'exercice 2007, cela implique que la valeur totale des dons se chiffrait à environ 2,05<sup>138</sup> milliards de dollars au cours de cette année. En effectuant les mêmes calculs pour l'année 2010, nous pouvons conclure que le ministère des Finances projette une valeur totale des dons d'environ 2,25 milliards de dollars<sup>139</sup> pour cette année-là, soit une augmentation de 200 millions de dollars approximativement par rapport à 2007. Nous aurons un portrait beaucoup plus significatif lorsque nous connaîtrons les résultats réels à l'égard des exercices financiers 2008, 2009 et 2010.

Il s'ensuit que notre hypothèse est confirmée relativement aux dons effectués par les sociétés. En premier lieu, la dépense a chuté à l'occasion de la récession de 1990-1992. À l'époque du ralentissement économique de 2000-2002, la dépense fiscale a aussi régressé, même si on a vu que cette chute s'explique par la déduction d'impôt générale consentie aux sociétés plutôt que par une diminution de la valeur totale des dons effectués par les sociétés. Il en est de même à l'égard des projections offertes par le ministère des Finances au sujet de la dernière récession. Cela étant, on constate, tout comme ce fut le cas pour les crédits réclamés par les particuliers, que les récessions et le

---

par les sociétés se seraient élevés à approximativement 1,065 milliard en 2003 en présumant un taux d'imposition uniforme de 23 % (245 millions divisé par 23 %). En 1999, ils étaient de 910,7 millions de dollars, toujours en présumant un taux d'imposition uniforme, mais cette fois-ci de 28 % (255 millions divisé par 28 %).

138. 430 millions de dollars divisés par 21 %, le taux d'imposition général applicable aux sociétés étant de 21 % en 2007. Toujours en présumant un taux d'imposition uniforme de 21 %, donc en ne tenant pas compte de la DPE. Voir *supra* note 134.

139. 405 millions divisé par 18 %, le taux d'imposition général applicable aux sociétés étant de 18 % en 2010. Toujours en présumant un taux d'imposition uniforme de 18 %, donc en ne tenant pas compte de la DPE. Voir *supra* note 134.

ralentissement a tout de même un impact négatif sur la valeur des dons provenant des sociétés puisque le taux de croissance des dons effectués par ces dernières a substantiellement chuté au cours du ralentissement de 2000-2002<sup>140</sup> et de la récession de 2008-2010<sup>141</sup>. En conséquence, la dépense fiscale relative aux dons effectués par les sociétés est non seulement incohérente avec la théorie keynésienne, elle a même été anticyclique lors de la récession de 1990 à 1992 puisqu'elle a chuté. Cette dernière observation perd cependant substantiellement de sa signification lorsqu'on appréhende la dépense fiscale dans son ensemble, dans la mesure où la dépense fiscale découlant des dons effectués par les sociétés ne représentait qu'environ 9 %<sup>142</sup> de la dépense fiscale totale au cours de cette récession.

- 
140. Comme nous l'avons vu, *supra* note 137, si on fait fit de la valeur totale des dons effectués en 2000 et 2001, car anormalement élevée, et lorsqu'on tient compte de la déduction d'impôt générale consentie aux sociétés, la valeur totale des dons était approximativement de 910,7 millions de dollars en 1999 alors qu'elle était de 1,065 milliard en 2003, ce qui signifie une croissance de 16,94% ( $910,7 \text{ millions} + 16,94\% = 1,065 \text{ milliard}$ ) au cours de cette période de 5 ans. À titre de comparaison, le taux de croissance observé au cours de la période de 5 ans qui précède (1994 à 1998 inclusivement) était de 175 % ( $89 \text{ millions} + 175\% = 245 \text{ millions}$ ).
141. Toujours selon les projections du ministère des Finances. Comme nous l'avons vu, *supra* notes 138 et 139, en tenant compte de la déduction d'impôt générale consentie aux sociétés, la valeur totale des dons était approximativement de 2,05 milliards en 2007 alors qu'elle était de 2,25 milliards en 2010, ce qui signifie un taux de croissance de 9,8 % ( $2,05 \text{ milliards} + 9,8\% = 2,25 \text{ milliards}$ ) pour cette période de 4 ans. À titre de comparaison, le taux de croissance observé au cours de la période de 4 ans qui précède (2003 à 2006 inclusivement) était de 123,5% ( $1,065 \text{ milliard en 2003} + 123,5\% = 2,38 \text{ milliards en 2006}$ ). Pour obtenir le montant approximatif des dons effectués par les sociétés en 2003 et 2006, nous avons divisé le montant de la dépense fiscale pour ces années (245 millions en 2003 et 500 millions en 2006) par le taux d'imposition générale applicable aux sociétés pour ces années (23 % en 2003 et 21 % en 2006), le tout en tenant compte de la déduction d'impôt générale dont il est fait référence à la note 134 *supra*.
142. Pour obtenir ce résultat, nous avons divisé le total des déductions réclamées par les sociétés au cours de cette période par le total des crédits et déductions réclamés par les particuliers et les sociétés

## Conclusion

À l'occasion des discours sur le Budget ayant précédé la dernière récession, le gouvernement fédéral a répété à maintes reprises qu'il devait faire preuve de frugalité dans sa gestion des dépenses publiques, afin d'atteindre l'équilibre budgétaire et de s'attaquer à la dette publique par la suite. Comme nous l'avons montré, le discours a substantiellement changé un peu plus tard puisqu'un plan de relance a été adopté pour sortir l'économie canadienne de la récession. Malgré le contexte de compression des dépenses publiques, le gouvernement a néanmoins précisé qu'il n'entendait pas pour autant abandonner à elles-mêmes les personnes vulnérables, et ce, pour des raisons de compassion et de justice sociale. Plusieurs programmes sociaux ou mesures fiscales particulières ont donc été maintenus ou encore mis en place dans cette optique. Parmi les mesures fiscales qui abondent en ce sens, il y a la dépense fiscale relative à la bienfaisance, mesure fiscale qui se veut efficace et rentable puisqu'elle encourage la prise en charge collective, réduit l'état d'indigence face au gouvernement et grâce à la fibre philanthropique, encourage les citoyens à soutenir leur collectivité par l'entremise du don ou du bénévolat.

Mais lorsqu'on confronte le discours politique à la réalité, force est d'admettre que la dépense fiscale relative à la bienfaisance, prise isolément, atteint de façon très mitigée son objectif en ce qui concerne l'aide aux personnes les plus vulnérables dans la mesure où, depuis 1997, à peine 10 %<sup>143</sup> de la dépense fiscale est investie directement et spécifiquement pour cette fin.

Dans le contexte social et politique actuel où la laïcité est l'objet de nombreux et virulents débats<sup>144</sup>, le fait que la mise en

---

respectivement au cours de la même période. Nous avons par la suite exprimé le tout en pourcentage.

143. Voir le Tableau 1, *supra*.

144. FONDER L'AVENIR, le temps de la conciliation, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences

valeur des croyances religieuses bénéficie systématiquement de plus de 45 % de l'aide gouvernementale offerte par la mesure fiscale relative à la bienfaisance laisse perplexe. Mais au-delà du débat portant sur la question, une chose demeure toutefois : dans le cadre de notre analyse des discours sur le Budget qui remonte jusqu'à 1995, le gouvernement n'a jamais identifié « la mise en valeur des croyances religieuses » comme étant l'un de ses « objectifs stratégiques<sup>145</sup> ». En 2007, on y a pourtant collectivement investi approximativement 1,56 milliard de dollars<sup>146</sup>. Une réflexion, ou à tout le moins un certain effort de cohérence, est très certainement souhaitable au regard de cette réalité.

Notre analyse portant sur la fluctuation des dons en périodes de crise nous offre, d'autre part, des résultats un peu surprenants. Nous avons envisagé, au départ, que la dépense fiscale liée aux crédits et déductions allait diminuer en période de récession ou de ralentissement en raison du fait que la capacité contributive des donateurs est elle-même affectée par ces contextes économiques difficiles. Cependant, une analyse des différents facteurs qui influent sur la dépense fiscale nous indique que c'est uniquement à l'occasion de la récession de 1990-1992 que la dépense fiscale indique une diminution des dons; et ce ne fut qu'à l'égard des déductions réclamées par les sociétés<sup>147</sup>. Cela étant dit, bien que la valeur totale des dons n'ait pas diminué, les

---

culturelles (CCPARDC), Rapport final, 2008, Bibliothèque et Archives nationales du Québec. Voir aussi Paul Eid *et al.*, dir., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne, un équilibre en tension*, Québec (QC), Les Presses de l'Université Laval, 2009, Sophie THERRIEN, *Laïcité et diversité religieuse : Toujours d'actualité*, Gouvernement du Canada, Projet de recherche sur les politiques, 2009 et Marc CLADIS, *Le rôle et la place du discours religieux dans une société démocratique*, Gouvernement du Canada, Projet de recherche sur les politiques, 2009.

145. Voir la définition de « dépense fiscale », *supra* note 20.

146. Nous aurons évidemment un meilleur portrait du financement offert aux organismes religieux lorsque notre étude portant sur les transferts de fonds entre les organismes religieux et les autres OBE sera complétée.

147. Le ministère des Finances envisage que la valeur des crédits réclamés par les particuliers chutera lors de la dernière récession, mais il ne s'agit que de projections.

Courbes 1 et 2 montrent cependant clairement que le taux de croissance des dons fut affecté par les récessions ou le ralentissement. Lorsqu'appréhendée dans son ensemble, la dépense fiscale a donc beaucoup mieux réagi que ce que nous avions prévu. Cette performance est d'autant plus heureuse qu'elle n'émane pas d'une quelconque décision politique<sup>148</sup>. Nous devons plutôt souligner l'effort constant des particuliers et des sociétés qui demeurent généreux et solidaires, même en ces périodes difficiles.

---

148. Mis à part les mesures fiscales mises en place pour encourager les dons, telle la bonification du crédit d'impôt.

## **Annexe A - Classification des organismes<sup>149</sup> pour les années 1997, 2000, 2004 et 2007**

<b>1997</b>
<p>1. <i>Culture et divertissements</i> : organismes et activités des domaines généraux et spécialisés de la culture et des divertissements. Comprends trois sous-groupes : (1) culture et arts (c.-à-d. médias et communications; arts visuels, architecture, poteries; arts d'interprétation; sociétés historiques, littéraires et humanistes; musées; zoos et aquariums); (2) sports; et (3) autres amicales et cercles récréatifs (c.-à-d. clubs philanthropiques, amicaux et cercles récréatifs).</p>
<p>2. <i>Éducation et recherche</i> : organismes et activités d'éducation et de recherche, qu'il s'agisse d'administration, de promotion, de mise en oeuvre, de soutien ou de services. Comprend quatre sous-groupes : (1) organismes se consacrant à l'enseignement primaire ou secondaire; (2) organismes se consacrant à l'enseignement supérieur; (3) organismes se consacrant à d'autres formes d'enseignement (c.-à-d. éducation des adultes/éducation permanente et écoles professionnelles/techniques); et (4) organismes se consacrant à la recherche (c.-à-d. recherche médicale, sciences et technologie, sciences sociales).</p>

149. Les organismes ont été classés à l'aide de la classification internationale des organismes à but non lucratif (CIOBNL) tel que développée par Lester M. SALAMON et Helmut K. ANHEIER, *Defining the Nonprofit Sector: A Cross-national Analysis*, New York, Manchester University Press, 1997. Soulignons que ce ne sont pas tous ces organismes qui peuvent bénéficier du statut d'OBE en vertu du droit fiscal canadien applicable en la matière.

3. *Santé* : organismes dont les activités sont reliées à la santé et qui consistent à fournir des soins de santé généraux ou spécialisés, à administrer des services de santé et à fournir des services auxiliaires. Comprend quatre groupes : (1) hôpitaux et centres de réadaptation; (2) maisons de repos; (3) services d'intervention d'urgence et de santé mentale; et (4) autres services (c.-à-d. éducation en santé et mieux-être publics, soins ambulatoires, services de consultation externe, services médicaux de réadaptation, services médicaux d'urgence).
4. *Services sociaux* : organismes et établissements fournissant des services sociaux à une communauté ou à un public cible. Comprend trois sous-groupes : (1) services sociaux (dont les organismes fournissant des services aux enfants, aux jeunes, à la famille, aux personnes handicapées et âgées, ou encore des services sociaux personnels ou d'entraide); (2) services d'urgence et de secours; et (3) services de soutien et maintien du revenu.
5. *Environnement* : organismes voués à la protection de l'environnement qui offrent des services axés sur la sauvegarde de l'environnement, la lutte antipollution et la prévention de la pollution, l'éducation relative à l'environnement et à la salubrité de l'environnement et la défense des animaux.
6. *Développement et logement* : organismes offrant des programmes et des services pour favoriser le développement des communautés et l'amélioration du bien-être économique et social de la société. Comprend trois sous-groupes : (1) développement économique, social et communautaire (dont les organismes communautaires et les organisations de quartier); (2) logement; et (3) emploi et formation.



- |  |
|--|
| <p>7. <i>Droit, défense des intérêts et politique</i> : organismes et groupes qui oeuvrent pour la protection et la promotion des droits de la personne et des autres droits, qui défendent les intérêts sociaux et politiques de la population en général ou de groupes particuliers, qui offrent des services juridiques et qui servent à promouvoir la sécurité du public. Comprend trois sous-groupes : (1) associations civiques et organismes de défense; (2) services juridiques; et (3) organismes politiques.</p> |
| <p>8. <i>Intermédiaires de bienfaisance et de bénévolat</i> : organismes de bienfaisance et à but non lucratif ou les organismes dont le but est de promouvoir les activités non lucratives comme les fondations accordant des bourses et des subventions, les organismes faisant la promotion du bénévolat et les organismes de collecte de fonds.</p>  |
| <p>9. <i>Organismes internationaux</i> : organismes qui favorisent la bonne entente entre les gens de nationalités et de cultures diverses et qui de plus fournissent des secours d'urgence et travaillent au développement et au mieux-être à l'étranger.</p>   |
| <p>10. <i>Religion</i> : organismes qui soutiennent les croyances religieuses, célèbrent des services et des rites religieux; comprend les églises, les mosquées, les synagogues, les temples, les sanctuaires, les séminaires, les monastères et autres institutions religieuses du genre, ainsi que leurs organismes auxiliaires.</p>  |
| <p>11. <i>Associations d'affaires et professionnelles, syndicat</i> : incluent les organismes qui soutiennent, régissent, et protègent les intérêts du milieu professionnel, des affaires et du travail.</p>   |
| <p>12. <i>Groupes non classés ailleurs.</i></p>  |

**2000**

1. *Culture et divertissements* : cette catégorie regroupe des organismes et des activités des domaines généraux et spécialisés de la culture et des divertissements. Elle comprend trois sous-groupes : 1) culture et arts (c'est-à-dire médias et communications; arts visuels, architecture, poterie; arts d'interprétation; sociétés historiques, littéraires et humanistes; musées; zoos et aquariums); 2) sports; et 3) autres amicales et cercles récréatifs (c'est-à-dire des clubs philanthropiques, des amicales et des cercles récréatifs).
2. *Éducation et recherche* : Cette catégorie regroupe des organismes et des activités d'éducation et de recherche, qu'il s'agisse d'administration, de prestation, de promotion, de mise en oeuvre, de soutien ou de services. Elle comprend quatre sous-groupes 1) organismes se consacrant à l'enseignement primaire ou secondaire; 2) organismes se consacrant à l'enseignement supérieur; 3) organismes se consacrant à d'autres formes d'enseignement (c'est-à-dire éducation des adultes et éducation permanente, écoles de formation professionnelle et technique); et 4) organismes se consacrant à la recherche (c'est-à-dire recherche médicale, sciences et technologie, sciences sociales).
3. *Santé* : Cette catégorie regroupe des organismes dont les activités sont liées à la santé et qui consistent à fournir des soins de santé généraux ou spécialisés, à administrer des services de santé et à fournir des services auxiliaires. Elle comprend quatre sous-groupes : 1) hôpitaux et centres de réadaptation; 2) maisons de repos; 3) services d'intervention d'urgence; et 4) autres services (c'est-à-dire éducation en santé et mieux-être publics, soins ambulatoires, services de consultation externe, services médicaux de réadaptation, services médicaux d'urgence).

4. *Services sociaux* : Cette catégorie regroupe des organismes et des établissements fournissant des services sociaux à une collectivité ou à un public cible. Elle comprend trois sous-groupes : 1) services sociaux (dont les organismes fournissant des services aux enfants, aux jeunes, aux familles, aux personnes handicapées et âgées, ou encore des services sociaux personnels ou d'entraide); 2) services d'urgence et de secours; et 3) services de soutien et maintien du revenu.
5. *Environnement* : Cette catégorie regroupe des organismes voués à la protection de l'environnement qui offrent des services axés sur la sauvegarde de l'environnement, la lutte antipollution et la prévention de la pollution, l'éducation relative à l'environnement et à la salubrité de l'environnement et la défense des animaux. Elle comprend deux sous-groupes, soit l'environnement et la protection des animaux.
6. *Développement et logement* : Cette catégorie regroupe des organismes offrant des programmes et des services visant à favoriser le développement des collectivités et l'amélioration du bien-être économique et social de la société. Elle comprend trois sous-groupes : 1) développement économique, social et communautaire (dont les organismes communautaires et les organisations de quartier); 2) logement; et 3) emploi et formation.
7. *Droit, défense des intérêts et politique* : Cette catégorie regroupe des organismes et des groupes qui oeuvrent pour la protection et la promotion des droits de la personne et des autres droits, qui défendent les intérêts sociaux et politiques de la population en général ou de groupes particuliers, qui offrent des services juridiques et qui servent à promouvoir la sécurité du public. Elle comprend trois sous-groupes : 1) associations civiques et organismes de défense; 2) services juridiques; et 3) organismes politiques.

8. *Intermédiaires de bienfaisance et de bénévolat* : Cette catégorie regroupe des organismes de bienfaisance et des organismes à but non lucratif ou les organismes dont le but est de promouvoir les activités non lucratives comme les fondations accordant des bourses et des subventions, les organismes faisant la promotion du bénévolat et les organismes de collecte de fonds.

9. *Organismes internationaux* : Cette catégorie regroupe des organismes qui favorisent la bonne entente entre les gens de nationalités et de cultures diverses et qui, de plus, fournissent des secours d'urgence et travaillent au développement et au mieux-être à l'étranger.

10. *Religion* : Cette catégorie regroupe des organismes qui mettent en valeur les croyances religieuses, célèbrent des services et des rites religieux (par exemple, les églises, les mosquées, les synagogues, les temples, les sanctuaires, les séminaires, les monastères et autres institutions religieuses du genre), ainsi que leurs organismes auxiliaires.

11. *Associations d'affaires et professionnelles, syndicats* : Cette catégorie regroupe des organismes qui soutiennent, régissent et protègent les intérêts du milieu professionnel, des affaires et du travail.

12. *Groupes non classés ailleurs.*

2004
<p>1. <i>Arts et culture</i> : Cette catégorie regroupe des organismes et des activités des domaines généraux et spécialisés des arts et de la culture. Elle comprend : médias et communications; les arts visuels, l'architecture, poterie; arts d'interprétation; sociétés historiques, littéraires et humanistes; musées; zoos et aquariums.</p>
<p>2. <i>Sports et loisirs</i> : Cette catégorie regroupe les organismes et les activités liés au sport amateur (comprends les centres de conditionnement physique et de mieux-être) et les clubs de loisirs et amicaux (comprends les clubs sociaux).</p>
<p>3. <i>Éducation et recherche</i> : Cette catégorie regroupe des organismes et des activités d'éducation et de recherche, qu'il s'agisse d'administration, de prestation, de promotion, de mise en oeuvre, de soutien ou de services. Elle comprend 1) les organismes se consacrant à l'enseignement primaire ou secondaire; 2) les organismes se consacrant à d'autres formes d'enseignement (c'est-à-dire éducation des adultes et éducation permanente, écoles de formation professionnelle et technique); et 3) les organismes se consacrant à la recherche (c'est-à-dire recherche médicale, sciences et technologie, sciences sociales).</p>
<p>4. <i>Universités et collèges</i> : Cette catégorie regroupe les organismes et les activités liés à l'enseignement supérieur. Elle comprend les universités, les écoles de gestion des affaires, de droit et de médecine.</p>

- |   |
|---|
| <p>5. <i>Santé</i> : Cette catégorie regroupe les organismes dont les activités sont liées à la santé et qui consistent principalement à fournir des services aux malades externes. Elle comprend le traitement externe des maladies mentales, les services d'intervention d'urgence et autres services (c'est-à-dire éducation en santé et mieux-être publics, soins ambulatoires, services de consultation externe, services médicaux de réadaptation externes, et services médicaux d'urgence).</p>      |
| <p>6. <i>Hôpitaux</i> : Cette catégorie comprend les hôpitaux, les maisons de soins infirmiers, les hôpitaux psychiatriques, et des activités liées à la réadaptation, p. ex., soins de santé aux malades hospitalisés et thérapie de réadaptation en milieu hospitalier.</p>   |
| <p>7. <i>Services sociaux</i> : Cette catégorie regroupe des organismes et des établissements fournissant des services sociaux à une collectivité ou à un public cible. Elle comprend trois sous-groupes : 1) services sociaux (dont les organismes fournissant des services aux enfants, aux jeunes, aux familles, aux personnes handicapées et âgées, ou encore des services sociaux personnels ou d'entraide); 2) services d'urgence et de secours; et 3) services de soutien et maintien du revenu.</p> |
| <p>8. <i>Environnement</i> : Cette catégorie regroupe des organismes voués à la protection de l'environnement qui offrent des services axés sur la sauvegarde de l'environnement, la lutte antipollution et la prévention de la pollution, l'éducation relative à l'environnement et à la salubrité de l'environnement et la défense des animaux. Elle comprend deux sous-groupes, soit l'environnement et la protection des animaux.</p>   |

9. *Développement et logement* : Cette catégorie regroupe des organismes offrant des programmes et des services visant à favoriser le développement des collectivités et l'amélioration du bien-être économique et social de la société. Elle comprend trois sous-groupes : 1) développement économique, social et communautaire (dont les organismes communautaires et les organisations de quartier); 2) logement; et 3) emploi et formation.

10. *Droit, défense des intérêts et politique* : Cette catégorie regroupe des organismes et des groupes qui oeuvrent pour la protection et la promotion des droits de la personne et des autres droits, qui défendent les intérêts sociaux et politiques de la population en général ou de groupes particuliers, qui offrent des services juridiques et qui servent à promouvoir la sécurité du public. Elle comprend trois sous-groupes : 1) associations civiques et organismes de défense; 2) services juridiques; et 3) organismes politiques.

11. *Octroi de subventions, collecte de fonds et promotion du bénévolat* : Cette catégorie regroupe des organismes philanthropiques et les organismes dont le but est de promouvoir les activités non lucratives comme les fondations accordant des bourses et des subventions, les organismes faisant la promotion du bénévolat et les organismes de collecte de fonds.

12. *Organismes internationaux* : Cette catégorie regroupe des organismes qui favorisent la bonne entente entre les gens de nationalités et de cultures diverses et qui, de plus, fournissent des secours d'urgence et travaillent au développement et au mieux-être à l'étranger.

13. *Religion* : Cette catégorie regroupe des organismes qui mettent en valeur les croyances religieuses, célèbrent des services et des rites religieux (par exemple, les églises, les mosquées, les synagogues, les temples, les sanctuaires, les séminaires, les monastères et autres institutions religieuses du genre), ainsi que leurs organismes auxiliaires.

14. *Associations d'affaires et professionnelles, Syndicats* : Cette catégorie regroupe des organismes qui soutiennent, régissent et protègent les intérêts du milieu professionnel, des affaires et du travail.

15. *Groupes non classés ailleurs.*



2007
<p>1. <i>Arts et culture</i> : Cette catégorie regroupe des organismes et des activités des domaines généraux et spécialisés des arts et de la culture. Elle comprend : médias et communications; les arts visuels, l'architecture, poterie; arts d'interprétation; sociétés historiques, littéraires et humanistes; musées; zoos et aquariums.</p>
<p>2. <i>Sports et loisirs</i> : Cette catégorie regroupe les organismes et les activités liés au sport amateur (comprends les centres de conditionnement physique et de mieux-être) et les clubs de loisirs et amicaux (comprends les clubs sociaux).</p>
<p>3. <i>Éducation et recherche</i> : Cette catégorie regroupe des organismes et des activités d'éducation et de recherche, qu'il s'agisse d'administration, de prestation, de promotion, de mise en oeuvre, de soutien ou de services. Elle comprend 1) les organismes se consacrant à l'enseignement primaire ou secondaire; 2) les organismes se consacrant à d'autres formes d'enseignement (c'est-à-dire éducation des adultes et éducation permanente, écoles de formation professionnelle et technique); et 3) les organismes se consacrant à la recherche (c'est-à-dire recherche médicale, sciences et technologie, sciences sociales).</p>
<p>4. <i>Universités et collèges</i> : Cette catégorie regroupe les organismes et les activités liés à l'enseignement supérieur. Elle comprend les universités, les écoles de gestion des affaires, de droit et de médecine.</p>

- |   |
|---|
| <p>5. <i>Santé</i> : Cette catégorie regroupe les organismes dont les activités sont liées à la santé et qui consistent principalement à fournir des services aux malades externes. Elle comprend le traitement externe des maladies mentales, les services d'intervention d'urgence et autres services (c'est-à-dire éducation en santé et mieux-être publics, soins ambulatoires, services de consultation externe, services médicaux de réadaptation externes, et services médicaux d'urgence).</p>      |
| <p>6. <i>Hôpitaux</i> : Cette catégorie comprend les hôpitaux, les maisons de soins infirmiers, les hôpitaux psychiatriques, et des activités liées à la réadaptation, p. ex., soins de santé aux malades hospitalisés et thérapie de réadaptation en milieu hospitalier.</p>   |
| <p>7. <i>Services sociaux</i> : Cette catégorie regroupe des organismes et des établissements fournissant des services sociaux à une collectivité ou à un public cible. Elle comprend trois sous-groupes : 1) services sociaux (dont les organismes fournissant des services aux enfants, aux jeunes, aux familles, aux personnes handicapées et âgées, ou encore des services sociaux personnels ou d'entraide); 2) services d'urgence et de secours; et 3) services de soutien et maintien du revenu.</p> |
| <p>8. <i>Environnement</i> : Cette catégorie regroupe des organismes voués à la protection de l'environnement qui offrent des services axés sur la sauvegarde de l'environnement, la lutte antipollution et la prévention de la pollution, l'éducation relative à l'environnement et à la salubrité de l'environnement et la défense des animaux. Elle comprend deux sous-groupes, soit l'environnement et la protection des animaux.</p>   |

- |  |
|--|
| <p>9. <i>Développement et logement</i> : Cette catégorie regroupe des organismes offrant des programmes et des services visant à favoriser le développement des collectivités et l'amélioration du bien-être économique et social de la société. Elle comprend trois sous-groupes : 1) développement économique, social et communautaire (dont les organismes communautaires et les organisations de quartier); 2) logement; et 3) emploi et formation.</p>  |
| <p>10. <i>Droit, défense des intérêts et politique</i> : Cette catégorie regroupe des organismes et des groupes qui oeuvrent pour la protection et la promotion des droits de la personne et des autres droits, qui défendent les intérêts sociaux et politiques de la population en général ou de groupes particuliers, qui offrent des services juridiques et qui servent à promouvoir la sécurité du public. Elle comprend trois sous-groupes : 1) associations civiques et organismes de défense; 2) services juridiques; et 3) organismes politiques.</p> |
| <p>11. <i>Octroi de subventions, collecte de fonds et promotion du bénévolat</i> : Cette catégorie regroupe des organismes de bienfaisance et des organismes à but non lucratif ou les organismes dont le but est de promouvoir les activités non lucratives comme les fondations accordant des bourses et des subventions, les organismes faisant la promotion du bénévolat et les organismes de collecte de fonds.</p>   |
| <p>12. <i>Organismes internationaux</i> : Cette catégorie regroupe des organismes qui favorisent la bonne entente entre les gens de nationalités et de cultures diverses et qui, de plus, fournissent des secours d'urgence et travaillent au développement et au mieux-être à l'étranger.</p>   |

13. *Religion* : Cette catégorie regroupe des organismes qui mettent en valeur les croyances religieuses, célèbrent des services et des rites religieux (par exemple, les églises, les mosquées, les synagogues, les temples, les sanctuaires, les séminaires, les monastères et autres institutions religieuses du genre), ainsi que leurs organismes auxiliaires.

14. *Associations d'affaires et professionnelles, Syndicats* : Cette catégorie regroupe des organismes qui soutiennent, régissent et protègent les intérêts du milieu professionnel, des affaires et du travail.

15. *Groupes non classés ailleurs.*

*Enquête 1997, préc., note 13; Enquête 2007, préc., note 47; Canadiens dévoués, Canadiens engagés, points saillants de l'Enquête nationale de 2000 sur le don, le bénévolat et la participation, août 2001 [Enquête 2000]; Canadiens dévoués, Canadiens engagés, points saillants de l'Enquête canadienne de 2004 sur le don, le bénévolat et la participation, juin 2006 [Enquête 2004].*

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'ÉTATISATION DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE  
COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE, UN NOUVEAU DÉFI À RELEVER

**Auteur(s) :** René BOUGIE

**Revue :** RDUS, 2011, volume 41, numéro 2

**Pages :** **437-467**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10305>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10305>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## L'ÉTATISATION DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE, UN NOUVEAU DÉFI À RELEVER

par René BOUGIE\*

*Au cours de ce texte, l'auteur aborde le processus de changement relatif à l'étatisation de la justice autochtone paysanne communautaire au sein de l'appareil juridique bolivien. Il relève, dans un premier temps, le fait que ce type de justice bien particulière existe depuis fort longtemps et trace l'historique de la reconnaissance officielle du droit et de la justice autochtone en Bolivie, en mettant l'accent sur les avancées récentes en la matière effectuées par le gouvernement d'Evo Morales Aima. Dans un second temps, il identifie les limites possibles relatives à ce sous-système de l'appareil juridique bolivien. Il souligne tout d'abord que malgré l'apparente incompatibilité de la justice communautaire et du droit positif, l'arrimage de ces derniers est possible. Ensuite, il identifie les principaux obstacles à la pérennité de la légitimité de la reconnaissance du droit autochtone, soit le non-respect potentiel des droits fondamentaux, la corruption et le manque d'éducation et formule des propositions pour confronter ces problèmes. Finalement, l'auteur apporte une piste de réflexion en ce qui concerne la possible applicabilité de cette réforme en partie au Canada en ce qui a trait à ses nations autochtones.*

---

*This article discusses changes inherent in the establishment of state control by the Bolivian legal system over aboriginal, peasant and community justice. To begin with, the writer points out that this particular type of justice is of customary origin and emphasizes the efforts of the Evo Morales Aima government to officially recognize the existence of aboriginal justice. The writer then identifies the limits implicit in this subset of the Bolivian legal system. He begins by stressing that despite the apparent incompatibility of community justice with positive law, a relationship between them is nonetheless possible. However, the writer identifies the main obstacles to the sustainability of the legitimacy of the recognition of aboriginal law which include the potential for violating human rights, the presence of corruption and a lack of education. He advances certain proposals for confronting these difficulties. Finally, the writer makes specific observations regarding the applicability of certain aspects of this reform to the First Nations of Canada.*

---

\*. Chercheur chez **Niska**, firme de consultants spécialisée en gestion du développement durable des communautés et des organisations et ancien coordonnateur des relations internationales, section Amérique du Nord, de l'**ONG Realidades** en Bolivie. Il a également co-réalisé, en 2010, un documentaire sur l'accès au pouvoir des peuples autochtones en Bolivie depuis l'avènement du gouvernement d'Evo Morales Aima.

## **SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>439</b>
 <b>I. LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE.....</b>	 <b>441</b>
1- La justice communautaire en Bolivie, un nouveau concept?.....	441
2- À l'origine de la reconnaissance de la justice communautaire en Bolivie .....	445
 <b>II. LES LIMITES DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE.....</b>	 <b>456</b>
1- La reconnaissance du droit autochtone, un constat théorique impossible? .....	456
2- Les obstacles majeurs relatifs au droit autochtone en Bolivie .....	459
 <b>CONCLUSION .....</b>	 <b>465</b>



## INTRODUCTION

Lorsque l'on se trouve en Bolivie pour la première fois, il n'est pas évident de saisir les changements qui bouleversent ce pays. Cet État, comptant environ 9 775 000 habitants<sup>1</sup>, est situé au cœur de l'Amérique du Sud et est l'un des pays ayant l'indice de développement humain le plus bas de ce continent<sup>2</sup>. Mis à part la pauvreté évidente qui nous saute aux yeux lorsque l'on sillonne le pays<sup>3</sup>, notre regard se porte aisément sur la beauté des paysages des plus diversifiés, sur la culture foisonnante prenant les formes les plus variées et sur la force de caractère des gens qui y vivent. De plus, lorsque l'on s'attarde au monde politique et juridique qui nous entoure, on se rend rapidement compte de l'effervescence de cet univers et de la profondeur des changements qui y ont cours. Cet État, jadis colonie de l'Espagne et plus récemment arrière-cour des États-Unis<sup>4</sup>, semble s'ouvrir à un monde nouveau. Tout particulièrement depuis l'avènement d'Evo Morales<sup>5</sup>, premier président autochtone occupant cette fonction, l'histoire semble emprunter un nouveau chemin. D'aucuns y voient l'accès au pouvoir des peuples autochtones marginalisés depuis plus de 500 années de domination<sup>6</sup>, d'autres y voient le

1. Selon une estimation en date de juillet 2009. CIA World Factbook – Bolivia, en ligne : <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bl.html>> (consulté le 10 mai 2010).
2. La Bolivie a un IDH de 0,729, à égalité avec l'Inde et se situe au 113<sup>e</sup> rang mondial. PNUD, *Rapport sur le développement humain*, en ligne : <[http://hdrstats.undp.org/en/countries/country\\_fact\\_sheets/cty\\_fs\\_BOL.html](http://hdrstats.undp.org/en/countries/country_fact_sheets/cty_fs_BOL.html)> (consulté le 10 mai 2010).
3. Selon une estimation de 2006, 60% de la population vivrait sous le seuil de la pauvreté. CIA World Factbook – Bolivia, en ligne : <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bl.html>> (consulté le 10 mai 2010).
4. Voir à ce propos : Eduardo GALEANO, *Les Veines ouvertes de l'Amérique Latine*, Plon, 1981, 448 p. et de Joseph E. STIGLITZ, *Un autre monde, Contre le fanatisme du marché*, Fayard, 2006, 563 p.
5. Evo Morales Ayma a été élu comme président pour la première fois le 18 décembre 2005 avec 53,6% des votes, en ligne : <<http://www.presidencia.gob.bo/perfil.htm>>.
6. Alvaro GARCIA LINERA, *Bolivia, del Estado aparente al Estado integral*, en ligne : <<http://aquevedo.wordpress.com/2010/04/23/bolivia-del-estado-aparente-al-estado-integral/>> (consulté le 10 mai 2010).

danger d'effritement de l'unité du pays<sup>7</sup> tandis que certains autres y voient tout simplement un gouvernement identique aux précédents<sup>8</sup>.

Toutefois, l'un des enjeux majeurs du premier mandat d'Evo Morales attire notre attention par sa particularité et par les conséquences qu'il implique suite à sa mise en oeuvre. Cet enjeu consiste en la reconnaissance formelle du système de justice autochtone. Durant l'ère coloniale et néocoloniale, jamais la question des droits des peuples autochtones constituant la population n'avait été prise en considération et tout particulièrement, jamais il n'aurait pu être question d'un tel processus d'étatisation de la justice communautaire. Mais comment l'État bolivien en est-il venu à réintroduire les notions de droit autochtone communautaire<sup>9</sup> parallèle, voire même concurrent, au droit d'inspiration civiliste<sup>10</sup> déjà en place dans le pays? De plus, quels sont les défis qu'un tel processus de changement risque de produire? Dans la même veine, quelles sont les lacunes d'un tel processus et que peut faire la Bolivie pour y remédier?

Finalement, dans quelle mesure pourrions-nous envisager un jour dans notre système juridique déjà pluraliste, l'introduction d'un tel type de juridiction pour les peuples des premières nations qui vivent à nos côtés?

- 
7. Stéphanie ROUSSEAU, *La Bolivie en transformation: Pluri-nation, décolonisation et autonomie*, (Juin 2007), n°14, en ligne : <[http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/chro\\_Rousseau-const\\_07\\_14.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/chro_Rousseau-const_07_14.pdf)> (consulté le 10 mai 2010).
  8. Voir le documentaire *Qué paso?* de Carlos VALVERDE, novembre 2009.
  9. Son appellation exacte est la «jurisdicción indígena originaria campesina» ,*Constitucion Polica del Estado*, art. n°179.I (ci-après CPE)). Voir aussi CPE, art. n°190-192.
  10. Selon ce groupe de recherche, la Bolivie est un pays civiliste. Nous ne partageons pas ce point de vue, mais il est vrai qu'avant la réforme actuelle, le droit coutumier était une pratique officieuse que l'État ne reconnaissait pas comme étant légitime. «Index alphabétique des 192 pays membres de l'Organisation des Nations Unies et systèmes juridiques correspondants», *JuriGlobe*, en ligne : <<http://www.juriglobe.ca/fra/syst-onu/index-alpha.php>> (consulté le 10 mai 2010), voir Bolivie.

## **I. LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE**

### **1- La justice communautaire en Bolivie, un nouveau concept?**

Avant la réforme constitutionnelle de 1994, la Bolivie, depuis son indépendance, s'inscrivait dans la tradition d'inspiration civiliste quant à son système juridique. Comme le mentionne Edwin Cocarico Lucas, le nouvel État nation bolivien qui vit le jour le 6 août 1825<sup>11</sup> était régi par le courant libéral et contractualiste, ayant comme fondement supposé l'expression la plus adéquate de la volonté générale au travers des lois écrites adoptées par le pays et l'application de celles-ci à tous, et ce, sans distinction aucune<sup>12</sup>. Ce faisant, pendant plus d'un siècle et demi, l'État bolivien ne reconnut jamais de façon officielle un certain degré de pluralisme juridique au sein de son système normatif<sup>13</sup>.

Toutefois, de façon officieuse, la réalité était tout autre. Avant l'arrivée en Amérique des premiers Européens, les autochtones qui y vivaient avaient mis sur pied leurs propres institutions sociales et politiques, incluant leurs propres modes de gestion de la justice. La conquête espagnole et l'imposition de leurs normes et de leurs valeurs aux premiers occupants de ce territoire n'eurent pas l'effet d'éteindre leurs traditions. Selon Donna Lee Van Cott, plusieurs raisons expliqueraient la persistance de la pratique de la justice communautaire en

---

11. Il prit le nom de Bolivie le 11 août de la même année; en ligne : <http://www.americas-fr.com/es/historia/bolivia.html>.

12. Edwin COCARICO LUCAS, «El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafios para la democracia en Bolivia»,(2006) 43 *América Latina Hoy* , 134.

13. German CHOQUEHUANCA, «La Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria, en el Estado Plurinacional, estan al servicio de todos» in *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*,( 2009), *Ano del Bicentenario de la Liberacion y Ano de la Refundacion de Bolivia*, Publication especial, (juillet 2009), LaPaz, 8-9.

Bolivie<sup>14</sup>. Tout d'abord, il existerait au sein des diverses communautés autochtones une grande solidarité communautaire. En effet, il n'est pas rare d'observer dans certaines communautés les membres de la famille immédiate d'une personne reconnue coupable par les adjudicateurs communautaires se ranger derrière la décision de ces derniers. De plus, lors de nos entretiens avec divers membres de communautés autochtones, ils n'ont eu de cesse de nous répéter que l'intérêt collectif se devait de primer sur l'intérêt individuel, voir égoïste de chacun des membres. Ensuite, les coutumes de ces derniers seraient fortement ancrées. En effet, selon Ramiro Molina<sup>15</sup>, le droit autochtone a été constamment appliqué de façon autonome dans les communautés autochtones et est connu et compris par les membres y étant assujettis puisque la justice conventionnelle, soit le droit positif bolivien et les institutions qui le régissent, était un phénomène principalement urbain. De plus, contrairement à d'autres États sud-américains, les peuples autochtones boliviens n'ont pas réellement eu à combattre d'autres autorités issues d'un processus de privatisation de la violence revendiquant le pouvoir de créer des normes, tels des groupes de guérillas ou de paramilitaires. Un autre argument appuyant la présence du droit autochtone bolivien et sa reconnaissance, jadis officieuse par l'État de ce pays, était la faiblesse de leur système juridique étatisé. La lenteur du processus judiciaire, le manque de ressources humaines ainsi que le manque de légitimité de l'institution faisaient qu'il était délaissé par les autochtones du pays qui représentent, encore aujourd'hui, la majorité de la population bolivienne<sup>16</sup>. Ce manque de légitimité découlait, et

---

14. Donna LEE VAN COTT, «A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia», (2000) 32 *J. Lat. Amer. Stud.*, 207-234.

15. Entrevue réalisé par Donna LEE VAN COTT avec Ramiro Molina, 6 mai 1997; *Idem*, p. 231.

16. Selon la CIA, il représente au moins 55% de la population bolivienne, en ligne : <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bl.html>>; toutefois, en 2007, les Boliviens s'auto-identifiaient, selon un sondage effectué par l'*Institut national de la statistique de la Bolivie*, comme étant autochtone dans une proportion de 49,9%. Cependant, il est difficile d'avoir un chiffre exact puisqu'on laisse le soin à de nombreux métis (à des degrés variables) de se définir comme

découle encore dans une certaine mesure, de la perméabilité entre le système juridique et les divers partis politiques au pouvoir ou non<sup>17</sup>, du manque de professionnalisme de plusieurs juges et avocats et de la corruption. En effet, selon l'ONG *Transparency International*<sup>18</sup>, la Bolivie a fait partie, durant plusieurs années<sup>19</sup>, du palmarès des pays les plus corrompus de la planète. En plus de ces arguments, l'auteur prétend qu'il existe en Bolivie une tradition qui porte à négocier le terme d'un conflit au lieu d'adjudiquer sur ce dernier. Une fois de plus, cela serait lié à la cosmologie autochtone basée sur le postulat que l'intérêt collectif doit toujours primer sur l'individualisme. En plus de protéger le tissu social de ces communautés, cette stratégie offre le mérite d'être accessible, gratuite et rapide. En résumé, la justice communautaire a su traverser les époques et s'imposer dans nombre de communautés autochtones en Bolivie.

Mais qu'entend-on précisément par le concept de droit autochtone communautaire, ou en espagnol, par *derecho indigena originaria campesina*<sup>20</sup> ou *derecho consuetudinario*. Lorsque l'on

---

autochtone ou non. Il s'agit d'une identification subjective et cela complique le dénombrement exact des membres constituant une communauté donnée, en ligne : <<http://www.ine.gov.bo/indice/visualizador.aspx?ah=PC30804.HTM>>.

17. À titre d'exemple, l'actuel procès de Léopoldo Fernandez, candidat PPB à la vice-présidence de la Bolivie et ancien préfet du Pando accusé d'être l'auteur intellectuel d'un massacre survenu dans sa région, démontre la haute politisation des cours de justice en Bolivie. En effet, le gouvernement refuse que le dossier soit entendu dans le Pando puisqu'il considère que les cours de cette région ne trancheront pas en leur faveur tandis que Léopoldo refuse quant à lui que le dossier soit adjudiqué à La Paz puisqu'il affirme, lui aussi, que les cours de la capitale politique ne trancheront pas en sa faveur, étant un dossier plus politique que juridique.
18. En ligne : [www.transparency.org](http://www.transparency.org).
19. En effet, la Bolivie détenait un résultat de 2 sur 10 en 1991 et était au 84<sup>ème</sup> rang (sur 91) et en 2009, elle avait un résultat de 2,7 sur 10 et était au 120<sup>ème</sup> rang (sur 180).
20. CPE, art. 190. Il s'agit du droit autochtone paysan des premières nations. Nous utiliserons sans distinction pour cet article les termes droit autochtone paysan communautaire, droit autochtone paysan des

s'attarde aux racines linguistiques de cette dernière expression, on découvre qu'elle fait référence à l'expression *jus consuetudinis* du droit romain s'interprétant comme « la coutume en tant que source de droit »<sup>21</sup>. Donc, le droit communautaire autochtone et paysan trouve la source de sa légitimité dans la coutume<sup>22</sup>. Toutefois, comme le souligne Lucas, il n'existe pas de concept homogène et unique de la justice communautaire puisque chaque peuple ou communauté autochtone possède sa propre forme particulière d'administrer la justice en lien avec ses coutumes distinctes<sup>23</sup>. Toutefois, comme nous le verrons plus tard, la justice autochtone bolivienne se doit à présent de respecter certains principes communs, peu importe la collectivité appliquant ce type de justice.

Bien qu'il n'existe pas de concept homogène de ce type de justice, certaines caractéristiques communes peuvent être identifiées. Selon l'anthropologue Ivan Arias, la justice autochtone paysanne bolivienne a comme caractéristique de se baser sur le dialogue tendant à mener vers le plus large consensus possible, a une grande force morale pour sanctionner ses membres, tente de prioriser premièrement et avant tout l'harmonie du groupe et est, principalement de nos jours, articulée autour de l'oralité. Toutefois, au dire de certains, cette dernière ne caractérisa pas toujours la justice communautaire. Selon Cletus Gregor Barié, c'est la domination espagnole ainsi que la méconnaissance légale mutuelle qui fit en sorte de perdre les écrits du droit autochtone

---

premières nations, droit communautaire, droit coutumier, droit autochtone puisque dans la pratique, ces termes se confondent.

21. Denis LANGLOIS, *Le défi bolivien*, Athéna Édition, 2008, p. 125.

22. Sans entrer dans les détails, ce régime de légitimation peut être assimilable à l'idéal-type wébérien de domination traditionnelle. Max WEBER, *Économie et Société*, t. 1: Les catégories de la sociologie, Paris, Plon / Agora, pp. 28-29, 35, 48-52 et 55-57 (traduction de Julien Freund).

23. Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Político-Jurídico y el Estado Multinacional : nuevos desafíos para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 140.

bolivien<sup>24</sup>. Qu'à cela ne tienne, bien que le droit autochtone communautaire ait été influencé par le colonialisme, le nationalisme et l'impérialisme<sup>25</sup>, il existe et constitue, comme Fanon l'a si bien dit :

Une réalité vivante et présente, une réalité oscillante d'interactions, d'attributs en mouvement et de caractéristiques instables, une réalité en laquelle se combine le vieux et le nouveau, les traditions et les innovations, les invariables et ce qui varie<sup>26</sup>. (*notre traduction*)

## **2- À l'origine de la reconnaissance de la justice communautaire en Bolivie**

Cette réalité, comme nous l'avons dit précédemment, est longtemps apparue comme une façon supplétive de gérer le vivre ensemble et, pendant de nombreuses années, a trouvé sa légitimité à l'extérieur de l'enceinte étatique. Toutefois, lors de l'éveil démocratique de l'Amérique latine, de nombreux pays entreprirent de reconnaître cette réalité de fait au sein de leurs institutions. Bien que le Pérou ait reconnu dès 1977 les *rondas campesinas*<sup>27</sup>, la majorité des pays sud-américains ne firent aucune démarche afin de reconnaître le droit communautaire

- 
24. Cletus GREGOR BARIÉ, « Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama Estudio comparativo actual sobre derechos indígenas en América Latina », dans Instituto Indigenista Interamericano, *segunda edicion actualizada y aumentada (Bolivia)*, Mexico, 2003, p. 49-50, en ligne : <[www.cdi.gob.mx/conadepi/iii/cletus/](http://www.cdi.gob.mx/conadepi/iii/cletus/)>; voir aussi D. LANGLOIS, *Le défi bolivien*, préc., note 21, p. 126.
  25. Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafios para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 138.
  26. Frantz FANON, *Interrogating Identity. The Postcolonial Prerogative. The Location for Culture*, 1 éd., London, Routledge, 1973, p. 180; Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafios para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 138.
  27. Les patrouilles paysannes.

autochtone avant les dernières deux décennies. En effet, ce n'est que tout dernièrement que la Bolivie, la Colombie, le Brésil, le Chili, l'Équateur, le Nicaragua et le Pérou reconnaissent, à des degrés divers, le droit autochtone communautaire.

Cette volonté de reconnaître les droits des peuples autochtones se retrouve aussi dans plusieurs grands textes internationaux des dernières années. Mis à part les principes de droits collectifs à l'autodétermination et à la survivance sociale et culturelle contenus dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, le premier texte international en importance à faire suite à la promotion du fait autochtone n'a été adopté qu'en 1989. Il s'agit de la *Convention 169 de l'Organisation internationale du travail sur les peuples indigènes et tribaux en pays indépendant*. L'article 8 de cette convention reconnaît même qu'en «appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier »<sup>28</sup>. Par la suite, il y eut l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques* en 1992 et finalement, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes* en 2007. De plus en plus, les spécificités relatives aux diverses communautés autochtones et leur revalorisation occupent une place de choix dans le discours des divers agents sur la scène internationale.

Quant à la Bolivie, elle a dû attendre la réforme constitutionnelle de 1994 avant de voir une certaine forme de reconnaissance de ce droit particulier. Il est vrai que la réforme de 1952 permit, avant le retour de l'ère autoritariste, une certaine reconnaissance du fait autochtone en Bolivie et de sa participation à la vie publique du pays, mais toutefois, jamais il ne fut question de reconnaître d'une quelconque façon la justice communautaire. Ce faisant, c'est bel et bien l'article 171.III<sup>29</sup> de la Constitution de

---

28. *Convention 169*, OIT, art. 8(1).

29. La formulation de l'art. 171.III de la constitution bolivienne s'inspire fortement du nouvel article 246 de la nouvelle constitution colombienne



1994 qui ouvrit la porte à la reconnaissance du droit autochtone en mentionnant qu'il sera dorénavant possible aux membres de certaines communautés autochtones d'appliquer leurs

normes propres en tant que solution alternative de conflits, conformément à leurs coutumes et procédures, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois<sup>30</sup> (*notre traduction*).

Ce nouvel article fut encadré, en 1999, par l'adoption de l'article 28 du Code de procédure pénale qui affirmait que le droit de recours devant la justice ordinaire<sup>31</sup> pouvait s'éteindre si 3 conditions étaient remplies soit que le délit devait être commis au sein d'une communauté autochtone et paysanne, par l'un des membres à l'encontre d'un autre membre et que ce délit devait avoir été résolu par les autorités naturelles de la communauté conformément à leur droit coutumier autochtone<sup>32</sup>.

Donc, à cette époque, le droit autochtone communautaire se voyait reconnu en partie dans le système juridique bolivien, bien qu'assujéti à ce dernier. En effet, en cas de mésentente sur l'application de ces nouveaux articles, ce sont les institutions de la juridiction ordinaire qui avait le mandat de trancher le conflit en cours. De plus, il revenait à la personne accusée du délit de faire le choix de la juridiction sous laquelle elle voulait voir se régler le conflit. Par la suite, le gouvernement bolivien, par l'entremise d'une équipe d'anthropologues du Ministère de la Justice<sup>33</sup>, entreprit l'élaboration d'une législation tentant de traduire en droit positif les normes du droit communautaire autochtone en gardant

---

de 1991; Donna LEE VAN COTT, « A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia », (2000) 32 *J. Lat. Amer. Stud.*, 227.

30. *Constitution bolivienne*, 1994, art. 171.III.

31. Nous entendons ici par justice ordinaire le droit positif bolivien reconnu dans les textes de loi adoptés par le Parlement bolivien.

32. *Code de procédure pénale*, art. 28. Voir aussi D. LANGLOIS, *Le défi bolivien*, préc., note 21, p. 127.

33. Ils avaient à leur tête Ramiro Molina.

à l'esprit le caractère d'oralité sous-jacent à ce système juridique<sup>34</sup>. Toutefois, ce projet de loi ne fut jamais adopté par le gouvernement de Sanchez de Lozada qui en avait demandé son élaboration. Malgré certaines autres avancées pour la reconnaissance des droits des autochtones dans les années qui suivirent, il n'y eut pas d'avancée substantielle en matière de reconnaissance de la justice communautaire autochtone et paysanne en Bolivie avant la prise du pouvoir du MAS<sup>35</sup>, avec à sa tête Evo Morales Aima, premier président bolivien d'origine autochtone, le 18 décembre 2005<sup>36</sup>.

L'une des premières actions qu'entreprit le nouveau gouvernement d'Evo Morales en matière de reconnaissance de la justice communautaire fut la création du sous-ministère de la Justice communautaire<sup>37</sup> au sein du Ministère de la Justice par décret suprême réglementaire découlant de la *Loi sur l'organisation du pouvoir exécutif* le 8 mars 2006<sup>38</sup>. Par la suite, le gouvernement, par l'entremise du Ministère de la Justice et de ses sous- ministères, mis en place un plan stratégique institutionnel découlant du *Plan national de développement pour une Bolivie digne* dès le mois de septembre 2007. Ce plan stratégique avait pour mission, au dire du gouvernement lui-même, la mise en place d'un nouveau système juridique reconnaissant pleinement le pluralisme juridique, le concept de participation citoyenne, la transparence, l'égalité et l'équité ainsi que la préservation et la défense des droits fondamentaux de la personne<sup>39</sup>. Plus

---

34. Donna LEE VAN COTT, « A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia », (2000) 32 *J. Lat. Amer. Stud.*, 227.

35. *Movimiento al socialismo*, soit le mouvement vers le socialisme.

36. Evo Morales fut élu à la présidence avec 53,7% des suffrages, loin devant son plus proche adversaire (Jorge Quiroga Ramirez) qui a récolté 28,6%; en ligne : <http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMEve?codeEve=483>.

37. Maintenant, il porte le nom officiel de *Viceministerio de Justicia Indigena Originario Campesino*.

38. *Decreto Supremo Reglamentario de la Ley de Organizacion del Poder Ejecutivo* (8 mars 2006), n°28631.

39. « 2009, Año del Bicentenario de la Liberación y Año de la Refundación de Bolivia », *Viceministerio de Justicia Indigena Originario Campesino*, Publication especial, (juillet 2009), La Paz, 10.

précisément en ce qui concerne les objectifs stratégiques du sous ministère de la Justice communautaire quant à l'application de ce plan, il pouvait être résumé en 4 points :

- a. Garantir l'effectivité des systèmes d'administration de la justice autochtones sur l'ensemble du territoire national.
- b. Mettre en place une stratégie de diffusion des droits des autochtones contenus dans les lois, traités, propositions et autres.
- c. Revaloriser les systèmes d'administration de la justice communautaire au travers de projets de recherche participative.
- d. Élaborer une base de données légales et d'informations qui servira de base à des politiques publiques visant l'élimination du travail forcé et de servitude pour dettes dans le pays<sup>40</sup>.

L'effervescence entourant la reconnaissance de la justice communautaire en Bolivie franchit une étape décisive avec l'élaboration de *l'Avant-projet de Loi sur l'administration de la Justice des peuples autochtones et des communautés paysannes*<sup>41</sup>. Ce projet de loi contenait 4 objectifs bien particuliers soit de : garantir l'effectivité des systèmes d'administration de la justice autochtone sur l'ensemble du territoire national en respectant les objectifs fixés dans le plan stratégique du Ministère de la Justice, de reconnaître le caractère obligatoire des décisions rendues par les autorités autochtones paysannes, la définition des pourtours des compétences dévolues aux communautés autochtones ainsi que la détermination de critères afin de régler les conflits entre les divers sous-systèmes constituant le pouvoir judiciaire dans le

---

40. *Id.*

41. *Anteproyecto de Ley de Administracion de Justicia de los Pueblos Indigenas Originarios y Comunidades Campesinas.*

pays<sup>42</sup>. Les objectifs de ce projet de loi furent repris par les fédérations d'ayllus<sup>43</sup> et de syndicats paysans<sup>44</sup> du pays qui se constituèrent en un comité de promotion de la justice communautaire<sup>45</sup>. Ce comité présenta ces objectifs à l'Assemblée constituante chargée d'élaborer la nouvelle Constitution du pays et leur travail porta fruit.

En effet, la nouvelle constitution politique de l'État plurinational bolivien reprit en bonne partie les recommandations découlant de l'avant-projet de loi sur la justice communautaire. Adoptée le 25 janvier 2009 par référendum populaire dans une proportion de 61,49%<sup>46</sup>, cette nouvelle loi fondamentale du pays reconnaît désormais le caractère pluraliste du système juridique bolivien et met en place les bases de la reconnaissance effective de cette nouvelle caractéristique. En plus de reconnaître un large éventail de droits fondamentaux pour l'ensemble des citoyens<sup>47</sup>, la nouvelle constitution reconnaît explicitement le droit, pour les autochtones, de posséder leurs propres systèmes politiques, juridiques et économiques en adéquation avec leur cosmovision<sup>48</sup>. De plus, l'article 179.II affirme qu'aucun sous-système juridique ne sera soumis à un autre en déclarant que la justice ordinaire est

---

42. *Id.*; voir aussi « 2009, Año del Bicentenario de la Liberación y Año de la Refundación de Bolivia », *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*, Publication especial, (juillet 2009) La Paz, 11.

43. Un *ayllus* est une forme d'organisation politique et sociale autochtone précolombienne qui reprend de plus en plus d'importance dans la vie politique de la Bolivie.

44. Les syndicats paysans sont une forme d'organisation politique et sociale qui fut mise en place par la réforme agraire de 1952 afin de gérer de façon commune les terres qui ont été rendues aux diverses communautés autochtones.

45. Ce comité était constitué par les organisations nationales suivantes: *CONAMAQ* (Confederación Nacional de Ayllus y Markas del Qollasuyu), *CNMCIQB-BS* (Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia – Bartolina Sisa), *CIDOB* (Confederación Indígena del Oriente Boliviano), *CSUTCB* (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) et *CSCIB* (Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia).

46. En ligne <: <http://www.latinreporters.com/boliviapol26012009.html>>.

47. *CPE*, art. 13-76.

48. *CPE*, art. 30 (14).

sur le même pied d'égalité que la justice communautaire. Cette nouvelle constitution crée aussi le Tribunal constitutionnel plurinational<sup>49</sup> constitué de membres émanant de chacune de ces juridictions qui, en cas de conflit entre juridictions, sera l'institution qui devra trancher en la matière<sup>50</sup>. Cette dernière définit aussi les principales caractéristiques de la juridiction autochtone paysanne. L'article 190 mentionne que la juridiction autochtone devra respecter le droit à la vie, le droit à une défense pleine et entière ainsi que les droits fondamentaux prévus dans la Constitution. Finalement, cette nouvelle loi fondamentale consacre le processus de décentralisation des pouvoirs en permettant la création de plusieurs organisations, telle les autonomies autochtones paysannes<sup>51</sup> et énonce qu'elles auront la compétence exclusive en matière d'exercice de la juridiction autochtone<sup>52</sup>.

Ce faisant, la nouvelle Constitution bolivienne de 2009 pose les bases du processus d'étatisation par le gouvernement bolivien de la justice autochtone paysanne. Plusieurs projets de loi vinrent appuyer et définir plus en profondeur par la suite ces fondements reconnus dans la nouvelle *Magna Carta* du pays.

Tout d'abord, il y eut la *Loi sur le pouvoir judiciaire*<sup>53</sup>. Cette loi énonce les principes que chacun des sous-systèmes<sup>54</sup> du pouvoir judiciaire devra respecter. Ils sont au nombre de 13 soit :

- 1- Le caractère plurinational du pays
- 2- L'indépendance du pouvoir judiciaire
- 3- L'impartialité
- 4- La sécurité juridique

---

49. CPE, art. 196-288.

50. CPE, art. 202 (11), *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, (19 février 2010), art. 60-72, *L.D.J.*, art. 14 (b).

51. CPE, art. 289-296.

52. CPE, art. 304.I (8).

53. *Ley del Organo judicial*, 23 juin 2010 (ci-après *L.O.J.*).

54. Le pouvoir judiciaire est divisé en 5 sous-systèmes soit : la juridiction ordinaire, la juridiction agroenvironnementale, la juridiction autochtone, la juridiction constitutionnelle et le groupe des juridictions spéciales; voir *L.O.J.*, art. 4 et CPE, art. 179.I.

- 5- Le principe de publicité et d'accessibilité des décisions (transparence)
- 6- Compétences du personnel juridique
- 7- La célérité
- 8- La gratuité
- 9- Le pluralisme juridique
- 10- L'interculturalité
- 11- L'harmonie sociale
- 12- Le respect des droits
- 13- La culture de la paix<sup>55</sup>

Tout particulièrement en ce qui concerne le sous-système de la juridiction autochtone, la loi reprend de façon identique les critères qui devront être respectés dans cette juridiction<sup>56</sup>. Elle réitère, une fois de plus, que cette juridiction s'applique aux membres de la communauté autochtone détenant le pouvoir d'adjudiquer en la matière et précise qu'elle s'appliquera tant au niveau des personnes, des biens et du territoire relevant de ses compétences. Toutefois, cet aspect de détermination des limites de la compétence des diverses autonomies autochtones ayant la capacité d'administrer leur propre système juridique reste à préciser. Dans ces lois, il n'est fait mention que de la fonction judiciaire autochtone qui devra être exercée par les autorités de la communauté reconnue au travers des principes, valeurs culturelles, normes et procédures propres à la communauté visée<sup>57</sup>.

Pour l'instant, les législateurs ont énoncé<sup>58</sup> que les lignes directrices de la séparation des pouvoirs juridiques dévolus tant au gouvernement central qu'aux nouveaux organes décentralisés seront prévues dans la *Loi sur la délimitation du pouvoir juridique*<sup>59</sup>. Plus précisément, ils spécifièrent que cette loi aurait pour objet de déterminer les mécanismes de coordination, de

---

55. L.O.J., art. 3.

56. Art. 159-163 L.O.J ; art. 190-192 CPE.

57. Art. 159.I L.O.J; Art. 190 CPE.

58. Art. 191.II (2) CPE; art. 5 L.O.J.

59. *Ley de Deslinde Jurisdiccional* , ley N° 073, 29 décembre 2010 (ci-après L.D.J)

coopération et de complémentarité entre les diverses juridictions constituant le pouvoir judiciaire<sup>60</sup>.

Malgré la complexité de la question en cause, cette loi ne compte que 17 articles. Cette loi mentionne tout d'abord les principes sur lesquels sera articulée la délimitation des diverses juridictions au sein du système juridique bolivien. Aux articles 2 et 5, il est fait mention que l'administration et l'exercice de la justice devront se faire en respectant les droits fondamentaux prévus dans la Constitution du pays, dans la Convention 169 de l'OIT et dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>61</sup>. L'article 4, quant à lui, précise une fois de plus les principes généraux que devra respecter le système juridique bolivien. Ces principes sont au nombre de 9 soient :

- 1- L'unité et l'intégrité du pays
- 2- La relation spirituelle qui existe entre les autochtones et la Terre Mère
- 3- La diversité culturelle
- 4- L'interprétation interculturelle
- 5- Le pluralisme juridique avec l'égalité entre les juridictions
- 6- La complémentarité
- 7- L'indépendance
- 8- L'équité et l'égalité entre les genres
- 9- L'égalité des opportunités

Cette loi, en plus de permettre la délimitation des sous-systèmes au sein du système juridique bolivien, affirme de façon catégorique le désir de réappropriation de la part des nations autochtones des compétences qui leur étaient jadis dévolues. De plus, chose que l'on ne retrouvait pas dans les autres textes traitant de la justice communautaire, une attention est portée au droit des femmes<sup>62</sup>.

---

60. Art. 5 L.O.J ; art. 1 L.D.J

61. À l'art. 2 et 5 L.D.J., on retrouve une autre emphase sur les droits fondamentaux

62. À l'art. 5 II. L.D.J., on en fait aussi mention.

L'article 8 de la loi mentionne que la juridiction autochtone s'applique lorsque 3 types de compétences sont réunis de façon concurrente soit la compétence territoriale, personnelle et matérielle. La compétence territoriale consiste en l'application de la justice communautaire sur le territoire de la communauté autochtone. Toutefois, afin de déterminer les pourtours du dit territoire, ce dernier doit être constitué soit en territoire, en région ou en municipalité autochtone et cela doit se faire à travers le processus établi dans la *Loi sur les autonomies et la décentralisation*<sup>63</sup> et par l'adoption de leurs statuts respectifs. À ce jour, ce processus est en cours<sup>64</sup> et les organes décentralisés en sont à la rédaction de leurs statuts constitutifs. Bien que l'on retrouvait à l'article 11 du projet de loi une ouverture à l'application de la justice communautaire d'une communauté à l'extérieur de son territoire si la controverse résulte de la violation d'un droit de cette communauté autochtone, on ne retrouve rien en la matière dans la loi qui a été adopté. La compétence personnelle, quant à elle, se définit comme l'application de la justice communautaire à tous les autochtones<sup>65</sup>. Finalement, il y a la compétence matérielle. La compétence matérielle est le fait que la justice communautaire s'applique dès qu'une infraction met en péril les droits des peuples autochtones en Bolivie<sup>66</sup>. Toutefois, la justice communautaire ne s'applique pas, entre autre, sur ces sujets : les délits contre la sécurité de l'État, les actions contre la corruption qui affecte le patrimoine public, les affaires sur les substances contrôlées, les interdits douaniers et les crimes internationaux comme le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes d'agressions.

Malgré ces quelques exceptions, la juridiction autochtone reste large et mérite d'être précisée. Étant une juridiction

---

63. *Ley marco de autonomias y decentralizacion*. (ci-après L.M.A.D.)

64. Lors des élections d'avril 2010, plusieurs référendums ont été tenus en même temps que ces dernières sur la création de certaines autonomies autochtones et le processus a donc commencé après l'approbation de cette démarche par les communautés visées.

65. Art. 9 L.D.J.

66. Art. 10 L.D.J.



articulant son système normatif autour de la coutume, il faut se poser la question à savoir quelles sont les règles découlant d'une pratique régulière et constante d'une communauté autochtone qui constitue le domaine d'application de la justice communautaire. Il faudra aussi voir si une délimitation plus précise sera faite dans les statuts des autonomies autochtones et si, en relation avec l'énumération des compétences pouvant leur être dévolus prévus dans la *Loi sur les autonomies*<sup>67</sup>, les gens auront la possibilité de savoir les infractions existantes et les peines leurs étant attribuées. Finalement, ce projet de loi aborde la question de la coopération et de la coordination possible entre les divers sous-systèmes constituant le système juridique dans le pays. En ce qui concerne la coordination<sup>68</sup>, la loi stipule que cela pourra se faire tant de façon orale qu'écrite. De plus, il est fait mention que les sous-systèmes juridiques pourront s'échanger de l'information sur les antécédents des personnes et créer des espaces de dialogues pour échanger sur l'application des droits fondamentaux et sur leur façon de régler les différends. La coopération<sup>69</sup>, quant à elle, consiste dans le fait que les structures de l'État, soit la police, l'administration gouvernementale et les autres sous-systèmes du système juridique devront prêter assistance à la juridiction autochtone au besoin dans l'obtention de moyens probatoires, dans l'application d'une sanction ou pour toute autre action sollicitée afin de garantir le bon déroulement d'un processus judiciaire entrepris dans leur juridiction. Cette coopération se doit d'être mutuelle entre les différents sous-systèmes juridiques du pays.

Bref, bien qu'il reste encore des points à préciser afin d'en arriver à la définition d'une juridiction claire et structurée, la Bolivie s'est bel et bien engagée dans un processus de décentralisation des pouvoirs et, par le fait même, de reconnaissance de la multitude des spécificités juridiques composant le pays. Ce faisant, le pays s'est engagé de pied ferme

---

67. Art. 303-304 L.M.A.D

68. Art. 13 et 14 L.D.J.

69. Art. 15 et 16 L.D.J.

dans un processus faisant passé l'État d'un système juridique civiliste centralisé à un État plurinational décentralisé reconnaissant clairement le caractère pluraliste du nouveau système juridique. Toutefois, ce processus de transformation en profondeur de l'État soulève plusieurs questions, en commençant par l'instauration même d'un système juridique pluraliste dans un pays n'ayant jamais connu officiellement cette cohabitation entre plusieurs systèmes normatifs.

## **II. LES LIMITES DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE**

### **1- La reconnaissance du droit autochtone, un constat théorique impossible?**

Bien que l'existence de la justice autochtone communautaire ne date pas d'hier, sa reconnaissance par l'État bolivien n'en est pas moins qu'à ses premiers balbutiements. Ce faisant, le gouvernement bolivien a le devoir, s'il veut être cohérent avec le processus dans lequel il s'est engagé, d'articuler de façon optimale les divers sous-systèmes constituant le système juridique en ayant toujours en tête les règles fondamentales sur lesquelles repose un État de droit moderne, qui se veut progressiste de surcroît.

De prime abord, les concepts relatifs à l'État de droit et ceux liés à la justice communautaire semblent difficilement conciliables. En effet, la justice communautaire trouve sa légitimité dans la coutume et, comme le souligne Francisco Colom Gonzalez, la façon de concevoir la justice de ce système normatif diffère grandement de la perspective libérale<sup>70</sup>. Selon cette dernière perspective, un système juridique, pour être reconnu comme tel, se doit d'énoncer de façon formelle, le plus souvent par écrit, les garanties procédurales auxquelles chaque citoyen a droit lorsqu'il doit faire face à la justice. Plus précisément, cette théorie,

---

70. FRANCISCO COLOM GONZALEZ, travail réalisé dans le cadre du projet FFI2008-05931/FISO du Ministère de la Science et d'Innovation espagnol (*Ministerio de Ciencia e Innovación*), p. 2.

qualifiée de « théorie jacobine (ou républicaine) classique » veut que

(...) le droit soit exclusivement rattaché à l'État politique, qu'il soit un assemblage systémique de règles de conduite générales, abstraites et objectives et que seuls les tribunaux juridictionnels officiels qui tranchent les litiges soient les garants de son intégrité.<sup>71</sup>

Cette conception du système juridique s'articulant autour du concept de la domination du droit positif et écrit dans tout système normatif s'oppose radicalement à une conception communautaire et pluraliste de la justice. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, le droit communautaire autochtone bolivien s'articule autour de la coutume et trouve sa source dans la tradition orale. Ce faisant, d'un point de vue strictement jacobin, l'arrimage du droit autochtone au système juridique positiviste bolivien est contre nature puisque, en agissant ainsi, l'État bolivien reconnaîtrait plusieurs sources de droit au sein d'un même système et que de surcroît, ce sous-système normatif ne s'appuie pas lui-même sur une hiérarchie claire et unifiée de normes, si ce n'est que la Constitution, qui régit la vie en société. Ce faisant, pour les puristes de cette vision, ce mariage est, de prime abord, un échec en soi pour tout État de droit qui se respecte.

Toutefois, à l'instar d'Eugen Ehrlich et de plusieurs de ces contemporains<sup>72</sup>, nous croyons que cette conception de la reconnaissance et de la validité des normes juridiques n'est pas la plus appropriée. À notre avis, le fait de concevoir le système juridique comme un ensemble hiérarchisé et unifié de normes n'est qu'une façon de concevoir la justice. Selon nous, la validité d'un système juridique repose uniquement sur la légitimité que lui reconnaissent les acteurs dûment mandatés d'une communauté

---

71. Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-03) 33 R.D.U.S., 136.

72. Eugen EHRlich, « Grundlegung der Soziologie des Rechts », Berlin, 1913; voir aussi note 75.

qui assurent les fonctions politiques au sein d'une communauté donnée de par la reconnaissance de leur exercice du monopole légitime de la violence<sup>73</sup>. Ce faisant, tel l'ensemble des systèmes sociaux constituant toute société, le système juridique d'un pays donné n'est qu'un construit social. Nous croyons que le système juridique d'un pays constitue un champ au sens de l'expression définie par Pierre Bourdieu<sup>74</sup> et ce faisant, ce dernier se définit principalement par les relations et les luttes que les divers agents le constituant et y étant soumis le conçoivent<sup>75</sup>. Donc, il n'y a pas, de prime abord, de système parfait de justice et il revient aux acteurs d'une société d'en déterminer les pourtours puisque, comme l'énonçait avec clarté Klaus Günther en paraphrasant Sally Falk Moore :

Ce qui est important dans le droit, ce n'est pas son aspect statique, tel son système cohérent de normes primaires et ses dynamiques contrôlées par ses règles secondaires, mais bien le processus continu de négociation sur la validité légale à différents niveaux et dans différents domaines sociaux, différentes façons d'utiliser la loi, des manières de la tourner ou de l'assimiler à d'autres systèmes normatifs : bref, le droit en tant que processus<sup>76</sup>.  
(notre traduction)

Ce faisant, à la lumière de ces modèles théoriques, l'arrimage de la conception du droit autochtone au concept du

---

73. Au sein du paradigme démocratique, cela revient à dire qu'indirectement, ce sont les acteurs soumis aux normes qui en reconnaissent la légitimité. Pour ce qui est de l'expression "monopole légitime de la violence", nous empruntons cette expression à Max Weber; Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, p. 112-113.

74. Pierre BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Paris, Minuit, 1980, p. 196-199.

75. Nous ne rentrerons cependant pas ici dans la distinction entre les « interactionnistes » et la thèse du « structuralisme génétique » de Bourdieu. Dans le cadre de notre article, nous ne nous attarderons pas aux éléments qui sous-tendent ou non l'action des acteurs dans leurs champs spécifiques.

76. Klaus GÜNTHER, *Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory*, p. 9; Sally FALK MOORE, *Law as Process: An Anthropological Approach*, London, 1978.

droit positiviste semble possible. Sa reconnaissance par l'État de droit bolivien redevient donc, à ce titre, quelque chose de possible et dirons-nous même, quelque chose de souhaitable dans une certaine mesure. Le temps de l'ignorance mutuelle et de la consolidation des deux systèmes normatifs en vase clos semble donc pouvoir devenir réellement chose du passé. Toutefois, bien que cet écueil théorique soit résolu, certaines autres questions restent en suspens. La plus criante est sans contredit les risques potentiels de non-respect des droits fondamentaux.

## **2- Les obstacles majeurs relatifs au droit autochtone en Bolivie**

Bien que nous pourrions soulever des interrogations quant au terme « fondamentaux » dans l'expression « droits fondamentaux », nous croyons que le respect de ces normes, dans une société dite démocratique, se doit d'être mis au premier plan, peu importe le système juridique dans lequel il s'inscrit. À l'instar d'Habermas, nous croyons que certaines normes procédurales doivent être conservées dans tout système normatif afin de protéger les individus. Ces normes trouvent leur légitimité, comme le résumait très bien Simone Goyard Fabre en parlant de la théorie d'Habermas, dans le rapport externe que les normes juridiques entretiennent avec les faits sociaux et l'opinion publique et non d'après les valeurs du bien et du juste inscrites sur l'horizon axiologique de la transcendance morale, ni d'après la normativité rationnelle de la conscience individuelle<sup>77</sup>. Bjarne Melkevik va encore plus loin en affirmant qu'« Habermas pense de cette façon les droits fondamentaux tels qu'ils contiennent exactement les droits que les citoyens doivent s'accorder l'un à l'autre s'ils souhaitent coordonner légitimement leurs actions intersubjectives par le médium du droit positif <sup>78</sup> ». Il est toutefois vrai que, si ces concepts ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une société libre et démocratique, nous aurions peut-être à chercher le

---

77. Simone GOYARD FABRE, *Embarras philosophique du droit naturel*, Vrin, 2002, p. 276.

78. Paul DUMOUCHEL et Bjarne MELKEVIK (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, l'Harmattan, 1998, p. 92.

fondement de leur légitimité ailleurs. Cependant, il n'est pas de notre propos de trancher le présent débat.

En revenant aux traitements des droits fondamentaux en Bolivie, malgré la propagande gouvernementale martelant que la justice communautaire respecte l'ensemble des droits fondamentaux de la personne, d'aucuns se revendiquant de ce type de justice posèrent et posent encore dans une certaine mesure des gestes en radicale opposition avec les préceptes se retrouvant dans l'ensemble des grandes déclarations concernant les droits humains sur notre planète. Plusieurs membres de communautés autochtones décident, de façon arbitraire et spontanée, de se faire justice eux-mêmes. Souvent sans procès et avec des éléments de preuve plus ou moins ténus, des foules en colère décident de battre, de blesser, de brûler, de pendre et fort souvent de tuer les présumés malfaiteurs<sup>79</sup>. Ce phénomène est tout de même d'une ampleur considérable puisqu'à titre d'exemple, il y a eu, en 2007, près de 57 lynchages perpétrés en Bolivie selon le Protecteur du citoyen de ce pays<sup>80</sup>.

Toutefois, bien que plusieurs personnes posant ces actions se cachent sous le couvert de la justice communautaire, peut-on réellement assimiler ces actes à ce système normatif? Au dire de plusieurs experts tels l'ex-protecteur du citoyen en Bolivie Waldo Albarracin<sup>81</sup> ou l'ancien sous-ministre de la justice autochtone Valentin Ticona<sup>82</sup>, ce type d'action ne peut être assimilable en aucun cas au concept de la justice communautaire. Sans aucune procédure et n'étant lié à aucune coutume, ce type d'action violente ne découle que de la passion et ne peut ni être associé à la justice conventionnelle, ni à la justice communautaire. Nous

---

79. À titre d'exemple, en ligne :< [http://www.lagaceta.com.ar/vernota.asp?id\\_nota=300930](http://www.lagaceta.com.ar/vernota.asp?id_nota=300930)>.

80. En ligne : <[http://www.bbc.co.uk/mundo/america\\_latina/2009/04/090410\\_1232\\_linchamiento\\_lp.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2009/04/090410_1232_linchamiento_lp.shtml)>, citant les propos de la *Defensoria del Pueblo*.

81. *Id.*

82. « 2009, Año del Bicentenario de la Liberación y Año de la Refundación de Bolivia », *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*, Publication especial, (juillet 2009), La Paz, p. 17.

partageons ce point de vue et nous croyons, à leur instar, que les gens commettant ces actions violentes se doivent d'être punis pour leur action.

Certaines personnes avancent plutôt que ce sont bien les sanctions prévues par la coutume et ce faisant, par la justice communautaire pour certains méfaits dans certaines communautés autochtones qui ne respecteraient pas, à certains égards, les droits fondamentaux de la personne. Le cas le plus notoire en la matière est la peine de mort appliquée à l'égard de certains méfaits. Cependant, selon un rapport réalisé en 1997 par le *Centre d'études juridiques et de recherche social de Bolivie*, l'utilisation de telles sanctions au sein de la pratique de la justice communautaire en Bolivie constitue l'exception plutôt que la règle<sup>83</sup>. Ce faisant, en plus de ne pas constituer une pratique répandue dans ce pays, cela fait en sorte que certains systèmes juridiques de pays occidentaux se réclamant du droit positif font moins bonne figure en la matière qu'eux<sup>84</sup>. Toutefois, certaines punitions corporelles de moins grande envergure ancrées dans les coutumes de quelques communautés autochtones restent encore en vigueur de nos jours. En effet, l'utilisation du « fouet<sup>85</sup> » pour punir certains méfaits et pour corriger les enfants est encore, au dire de certains, une pratique qui n'est pas encore éradiquée dans ce pays<sup>86</sup>. Toutefois, de façon officielle et comme nous l'avons vu précédemment, la justice communautaire est assujettie à des normes strictes en matière de respect des droits fondamentaux. Ce faisant, toute culture, sous la force de l'éducation et de la promotion des avantages liés à la non-utilisation de la violence en la matière, peut délaisser ces façons de faire tout en conservant

---

83. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS) para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Justicia Comunitaria*, (1997), cité dans Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafíos para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 139.

84. En 2009, il y a eu 106 condamnations à mort aux États-Unis, en ligne : <http://www.deathpenaltyinfo.org/news/past/58/2009>.

85. Le fouet porte le nom de « chiquote » en aymara et « guasca » en chiquitano, *supra*, note 21, p. 144.

86. D. LANGLOIS, *Le défi bolivien*, préc., note 21, p. 144.

ses caractéristiques distinctives qui font sa force. En guise d'exemple, bien que le fouet, communément appelé la « strap » au Québec, était de mise il y a deux générations dans notre pays et est aujourd'hui dénoncé par l'ensemble des citoyens ne fait pas en sorte que le système juridique civiliste de notre province est dénaturé de nos jours.

Certains critiques avancent plutôt la théorie que peu importe la nature actuelle de ce type de droit, sa nature première en est une axée sur la violence et que ce dernier ne pourra jamais réellement se soustraire à cet héritage. Toutefois, l'utilisation de la violence à titre de punition n'est pas le propre de la justice communautaire. Comme le mentionne Michel Foucault, des punitions physiques, variant en intensité, furent présentes dans bon nombre d'États assujettis au droit positif jusqu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>87</sup>. À titre d'exemple, des pièces originales et procédures de procès faites à Robert-François Damiens et rapportées par Michel Foucault au début de son œuvre phare démontrent la dureté du traitement qui était réservé à certains criminels :

Damiens avait été condamné, le 2 mars 1757, à faire amende honorable devant la principale porte de l'Église de Paris, où il devait être mené et conduit dans un tombereau, nu, en chemise, tenant une torche de cire ardente du poids de deux livres, puis, dans le dit du tombereau, à la Grève, et sur un échafaud qui y sera dressé, tenaillé aux mamelles, bras, cuisses et gras de jambes, sa main droite tenant en icelle le couteau dont il a commis le dit parricide, brûlée de feu de soufre, et sur les endroits où il sera tenaillé, jeté du plomb fondu, de l'huile bouillante, de la poix résine brûlante, de la cire et souffre fondus et ensuite son corps tiré et démembré à quatre chevaux et ses membres et corps consumés au feu, réduits en cendres et ses cendres jetées au vent<sup>88</sup>.

---

87. Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 21.

88. *Id.*; pièces originales et procédures de procès fait à Robert-François DAMIENS, t.III, 1757, p. 372-374.



La dureté de cet exemple démontre avec éloquence la barbarie dont pouvaient faire preuve des systèmes juridiques revendiquant une grande clarté dans l'énonciation de leur procédure et dans la hiérarchisation de leurs normes. Ainsi, bien que la justice communautaire soit sujette à de virulentes critiques à ce propos, surtout lorsque l'on se rapporte à son historique en matière d'utilisation de violence en matière de résolution de conflits, on ne peut pas dire que les États occidentaux faisaient meilleure figure. Des États assujettis au droit positif pratiquaient, et pour certains, pratiquent encore la violence corporelle à des degrés divers et ce faisant, peut-on affirmer que nos systèmes juridiques retourneront invariablement à leurs premiers instincts? Nous croyons que la réponse à cette question est sans l'ombre d'un doute négative.

Qu'en est-il cependant des normes procédurales à proprement parler, telles le droit d'être entendu, le droit de connaître les obligations auxquelles nous pouvons être soumis et le droit d'être jugé de façon neutre et impartiale? Comme nous le disions précédemment, rien de réellement clair n'a encore été défini en la matière. Bien que la Constitution bolivienne protège de façon générale les droits fondamentaux de la personne, rien dans les textes plus spécifiques traitant de la justice communautaire n'assure le respect de tel type de normes. En effet, dans un système juridique s'inscrivant principalement dans la tradition orale, il peut être difficile d'établir des normes claires auxquelles les gens peuvent être potentiellement soumis. Toutefois, il sera intéressant de voir, dans un futur proche, ce qui sera réalisé en la matière dans les statuts dont les communautés autochtones se doteront afin de mener à bien leurs activités judiciaires.

Le respect de l'impartialité de la justice en Bolivie, quant à lui, dépasse, selon nous, le seul cadre de la formalisation par écrit ou par un autre moyen des normes auxquelles les citoyens peuvent être soumis. En effet, l'impartialité des adjudicateurs dépend de nombreux autres facteurs. Tout d'abord, il y a l'ingérence politique. À ce titre, plusieurs affirment que dans la grande majorité des communautés autochtones, la personne

responsable du pouvoir judiciaire change de façon régulière et est déterminée de façon démocratique. Toutefois, cela ne résout pas la problématique de l'ingérence politique et encore moins les questions relatives à l'incompétence potentielle des adjudicateurs. Dans un premier temps, le fait que ce soit par un processus démocratique que soit déterminé le responsable du pouvoir judiciaire sous-entend le possible conflit d'intérêts avec la sphère législative et exécutive. Ce faisant, l'impartialité judiciaire face à l'ingérence politique peut être discutable. De plus, dans de nombreux conflits, tel celui décrit auparavant de l'ancien préfet du Pando, Leopoldo Fernandez, les soupçons d'ingérence politique dans plusieurs cas fortement politiques semblent ressembler beaucoup plus à une instrumentalisation de l'appareil judiciaire qu'à un réel processus ayant pour mission de trouver la vérité et d'adjudiquer sur cette dernière. Rien ne nous permet de conclure que la justice communautaire fera exception à ce type de pratique. Un autre aspect relatif à l'impartialité et à l'indépendance de la justice est la possible corruption des magistrats. En effet, comme nous le mentionnions précédemment, la Bolivie est actuellement au 120<sup>ème</sup> rang (sur 180) en matière de corruption. Ce faisant, les juges, qu'ils soient de la justice « ordinaire » ou communautaire, ne sont pas à l'abri de cette pression. Finalement, l'autre problématique intéressante à souligner ici est le possible manque de compétence des personnes qui auront affaire à la justice communautaire dans les années à venir en Bolivie. Bien que nous soulignons l'incompétence potentielle des adjudicateurs qui occuperont ses postes de façon intermittente et sans avoir de formations juridiques pertinentes, les juristes qui devront interagir avec le système de justice communautaire semblent, pour l'instant, ne pas être en mesure de faire face à ce nouveau défi. Pour ce faire, les juges de l'ensemble du pays, les avocats et juristes actuellement en exercice, les professeurs de droit et leurs étudiants devront eux aussi se mettre au fait de cette nouvelle réalité.

En résumé, bien que le projet d'unifier la justice autochtone et conventionnelle au sein d'un même système juridique soit fort intéressant et louable, il n'en demeure pas moins que ce défi

soulève plusieurs questions quant à ses limites et ses potentiels abus. Que ce soit en matière de respect des droits fondamentaux tel le droit à la vie et bon nombre de normes procédurales, au sujet de l'ingérence politique, de la corruption et de la compétence des magistrats, plusieurs défis restent présents. Ce faisant, le gouvernement se doit de continuer à distinguer la justice communautaire des pratiques barbares de certains ainsi que de dénoncer et punir ces derniers. De plus, le pouvoir politique doit demeurer un chef de file dans la protection des droits fondamentaux de toutes natures, doit continuer à combattre la corruption et mettre en place les ressources suffisantes, tant humaines que financières, pour relever les défis relatifs à la formation et l'éducation des gens qui auront à interagir avec la justice communautaire. Bien que ce défi ne soit pas simple, le gouvernement doit tout faire en son possible afin d'éviter que son projet de réforme n'avorte. Toutefois, le gouvernement ne doit pas être le seul acteur qui s'assure d'encadrer adéquatement le processus de changement actuel. En effet, le Protecteur du citoyen de la Bolivie<sup>89</sup>, les médias, les observatoires de droits, les ONG de toutes natures et les citoyens doivent toujours être à l'affût afin de jouer adéquatement leur rôle de surveillance et de dénonciation des pratiques qu'ils considèrent comme inacceptables.

## CONCLUSION

Comme nous en avons fait le constat précédemment, à l'instar de plusieurs fonctions régaliennes, tel le monopole de la violence<sup>90</sup>, jadis dévolu à l'État, l'application de la justice au sein de diverses communautés autochtones en Amérique latine a semblé, durant une bonne partie de son histoire post-colombienne, se privatiser<sup>91</sup>. L'État-nation ne semblait pas être en mesure de répondre aux aspirations de ses citoyens en la matière. Toutefois, le gouvernement d'Evo Morales a su récupérer cette fonction en reconnaissant et en tentant d'articuler la justice

---

89. La Defensoria del Pueblo.

90. M. WEBER, *Le savant et le politique*, préc., note 73.

91. Sur la privatisation du monopole de la violence, voir : Zaki LAÏDI, « Penser l'après-guerre froide », (1993) 8 *Cultures et Conflits*, p. 15-23.

communautaire à l'appareil étatique bolivien moderne. L'arrimage de cette justice qui évoluait en marge des institutions officielles de l'État aura le mérite, si l'expérience est concluante, de relégitimer le rôle de cette dernière et de démontrer que l'État a encore un rôle à jouer dans la gestion du vivre-ensemble en Bolivie. Toutefois, afin de réaliser pleinement ses objectifs, le processus de définition de la justice autochtone actuellement en cours devra être clarifié et détaillé. En effet, suite à la présentation des origines de cette justice et du processus de reconnaissance de son effectivité dans le système juridique officiel, il a été démontré que beaucoup de travail restait à compléter en la matière. De plus, bien qu'il n'y ait pas d'incompatibilité fondamentale entre le droit positif et autochtone, nous avons démontré que bon nombre de défis restent à relever. Le respect des droits fondamentaux reste sans contredit le point le plus essentiel sur lequel les efforts futurs devront être concentrés afin de mener à bien cette transformation d'envergure. À l'instar de l'ancien vice-ministre de la Justice autochtone Valentin Ticona<sup>92</sup>, nous croyons que ce processus, bien que fort intéressant, nécessitera beaucoup de temps et de travail avant d'atteindre sa vitesse de croisière et de remplir pleinement les objectifs pour lesquels il a été mis en place.

Suite à cela, nous croyons qu'il serait à propos de se questionner sur la potentielle applicabilité de cette réforme en partie au Canada. Bien que la situation des autochtones diffère grandement d'un pays à l'autre<sup>93</sup>, il n'en demeure pas moins que certains éléments demeurent pertinents. En effet, au Canada, certaines pratiques de justice alternative ont été implantées dans les communautés autochtones<sup>94</sup> et certaines ententes en matière de reconnaissance partielle des droits autochtones spécifiques à

---

92. *Defensoria del Pueblo*, préc., note 80, p. 17.

93. Le fait le plus notoire est qu'au Canada, la population autochtone constitue un groupe minoritaire tandis qu'en Bolivie, elle constitue près de la majorité.

94. *La justice en milieu autochtone: vers une plus grande synergie*, Rapport du groupe de travail composé de représentants de la Cour du Québec, du Ministère de la Justice, du directeur des poursuites criminelles et pénales et du secrétariat aux affaires autochtones, (janvier 2008), p. 24-26.

certaines communautés ont été reconnues<sup>95</sup>. Ce faisant, dans un processus d'autonomisation et de dévolution de plus de pouvoir aux autochtones dans ce pays, ne serait-il pas à propos de garder à l'esprit le modèle bolivien et de suivre l'évolution de ce processus afin d'emprunter certaines pratiques et certains concepts qui leur sont assimilables? À notre avis, il sera intéressant d'étudier dans quelle mesure certains concepts, tel la reconnaissance et l'adjudication basée sur le droit autochtone en matière de droit criminel pourront apporter ou non une plus-value à la société dans laquelle ils s'inscrivent. Le processus par lequel seront délégués de façon effective les pouvoirs aux communautés autochtones ainsi que leur capacité réelle à assumer cette tâche constituent, à notre avis, un autre point sur lequel nous devrions porter notre attention. Bref, l'étude du modèle bolivien en la matière peut se révéler des plus inspirantes!

---

95. *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/pubs/sg/sg-fra.asp#applois>.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** ANALYSE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES  
FAISANT L'USAGE D'ANTIDÉPRESSEURS ET AYANT COMMIS DES  
INFRACTIONS CRIMINELLES EN COURS DE TRAITEMENT OU DE  
SEVRAGE

**Auteur(s) :** Hugues PARENT

**Revue :** RDUS, 2011, volume 41, numéro 2

**Pages :** 469-518

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10306>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10306>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## **ANALYSE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES FAISANT L'USAGE D'ANTIDÉPRESSEURS ET AYANT COMMIS DES INFRACTIONS CRIMINELLES EN COURS DE TRAITEMENT OU DE SEVRAGE**

par Hugues PARENT\*

*Dans cet article, l'auteur propose une analyse à la fois médicale et juridique des manifestations indésirables liées à la prise d'antidépresseurs. Médicale, tout d'abord, puisque malgré leur très grande popularité, les antidépresseurs demeurent des médicaments dont la toxicité peut engendrer chez certains usagers la survenue de symptômes impliqués dans la commission d'actes criminels. Sans être une cause directe de violence, les antidépresseurs peuvent donc constituer, chez certains sujets, des agents influents dans la prédisposition ou le déclenchement de conduites criminelles. Cette étude, une fois complétée, servira de base à l'analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des crimes en cours de traitement ou de sevrage. Il s'agira, plus précisément, de déterminer les moyens de défense disponibles ou envisageables ainsi que leur conformité avec les symptômes observés chez certains usagers d'antidépresseurs au moment du crime.*

---

*In this article, the writer recommends that both a medical and a judicial analysis of certain undesirable side-effects resulting from the use of antidepressants be undertaken. The medical aspect of the analysis remains paramount due to the popularity of this type of medication, especially since the toxic effects of antidepressants may provoke, in certain users, symptoms conducive to the commission of a crime. Although they may not necessarily be considered a direct cause of violence, antidepressants may in fact aggravate a criminal proclivity. Once completed, a study of this nature would be most useful in determining the criminal responsibility of antidepressant users who may have committed a criminal act, either while under the influence of this type of drug or while undergoing the effects of withdrawal. The goal would be to establish whether a means of defense may be envisaged in light of the symptoms generally manifested by antidepressant users when a criminal act occurs.*

---

\*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

## **SOMMAIRE**

### **PREMIÈRE SECTION :**

#### **Les antidépresseurs : aspects médicaux ..... 474**

1. Les troubles délirants (psychose, hallucinations, idées délirantes) ..... 478
2. Les manifestations de type agitation ..... 481
3. Les troubles du sommeil ..... 484
4. Les autres troubles incapacitants (hypomanie, manie et démence) ..... 485

### **DEUXIÈME SECTION :**

#### **Les antidépresseurs : aspects juridiques ..... 487**

- a) La présence d'un trouble mental ..... 488
- b) La présence d'une incapacité mentale ..... 488
1. Les troubles délirants (psychose, idées délirantes et hallucinations) ..... 492
2. Les manifestations de type agitation ..... 495
3. Les troubles du sommeil ..... 501
4. Les autres troubles incapacitants (manie, démence et delirium) ..... 506

### **TROISIÈME SECTION :**

#### **Critiques et recommandations ..... 510**

#### **Conclusion ..... 517**

Vendredi 13 février 1998, alors que sa femme, sa fille et sa petite-fille de neuf mois dormaient paisiblement chez lui, Donald Schell, un homme de 60 ans, sans histoire ni antécédent judiciaire, prit son revolver et tua ces dernières de trois balles à la tête<sup>1</sup>. Cet événement, aussi tragique qu'incompréhensible, jeta la consternation dans la petite ville de Gillette, au Wyoming. En effet, comment un paisible grand-père, un homme si doux et si attentionné, pouvait-il, subitement, se transformer en meurtrier? Que s'est-il passé dans l'esprit de celui qui, il y a un mois, une semaine, quelques jours à peine, ne démontrait aucun signe de violence ni d'hostilité apparent? La question n'est ni simple ni facile. Sa réponse exige une analyse attentive du comportement de l'individu précédent le crime ainsi que de tous autres facteurs ayant pu contribuer à cet effondrement psychologique. Très rapidement, un coupable fut identifié : le Paroxetine, un antidépresseur de la même famille que le Prozac (« Inhibiteurs Sélectifs de la Recapture de la Sérotonine ») que le meurtrier avait pris deux jours avant les événements en question afin de diminuer ses problèmes d'anxiété<sup>2</sup>. Loin d'être isolé, ce triple meurtre

- 
1. Pour un récit plus complet des événements en question, voir Sarah BOSELEY, « Four people dead is four too many », en ligne : [www.guardian.co.uk/Archive/Article/0,4273,4236200,00.html](http://www.guardian.co.uk/Archive/Article/0,4273,4236200,00.html).
  2. En ce qui concerne le lien entre la prise d'antidépresseurs et les meurtres, voir INTERNATIONAL COALITION FOR DRUG AWARENESS, en ligne : [www.drugawareness.org/legalcases/donald-schell-vs-smithkline-beecham-3](http://www.drugawareness.org/legalcases/donald-schell-vs-smithkline-beecham-3); *Donald Schell vs. SmithKline Beecham*. « Paxil Maker Ordered to Pay \$8 Million – Jury Says Anti-depressant Largely to Blame for Deadly Shooting Spree. The manufacturer of the nation's second-best-selling anti-depressant must pay \$8 million to the relatives of a man who killed himself and three others after taking the drug Paxil, jurors said. Jurors in U.S. District Court considering the wrongful death civil suit returned a verdict against SmithKline Beecham today. They received the case Tuesday afternoon. Relatives of Donald Schell, 60, claim the man, originally from Gillette, Wyo., took two Paxil tablets before shooting his wife, their daughter, his granddaughter and himself to death on Feb. 13, 1998. The survivors' lead attorney, Andy Vickery, had asked the jury to award a total of \$25 million in damages. Besides Schell, the victims were his wife, Rita Schell, 55; their daughter, Deborah Tobin, 31; and Alyssa Tobin, 9 months. Tobin's widower, Tim

s'inscrit dans la liste déjà longue de crimes et d'incidents violents liés, de près ou de loin, ces dernières années à la consommation d'antidépresseurs. D'Éric Harris<sup>3</sup> à Jeff Weise<sup>4</sup>, en passant par Kip

---

Tobin, and Donald Schell's sister, Neva Hardy, filed the wrongful-death lawsuit.

Vickery also asked the jury to award damages to Michael Schell, the Schells' adult son, and to Rita Schell's mother.

The jury awarded damages in varied amounts for each death, with the largest awards \$2.5 million each for the deaths of Deborah and Alyssa Tobin going to Tim Tobin.

Jury Said Drug Maker 80 Percent to Blame. In its findings, the jury concluded that Paxil could cause someone to commit suicide or homicide and that the drug was in fact a proximate cause of the deaths in this case. »

3. Peter R. BREGGIN, « Eric Harris was taking Luvox (a Prozac-like drug) at the time of the Littleton murders », en ligne : <http://www.oralchelation.net/data/Lilly/lilly15.htm> :

« On April 29 the Washington Post confirmed that Eric Harris, the leader in the Littleton tragedy, was taking the psychiatric drug Luvox at the time of the murders. On April 30 the same newspaper published a story quoting expert claims that Luvox is safe and has no association with causing violence. In fact, Luvox and closely related drugs commonly produce manic psychoses, aggression, and other behavioral abnormalities in children and young people.

Luvox is a Selective Serotonin Reuptake Inhibitor (SSRI) that is approved for children and youth (up to age 17) for use in the treatment of obsessive compulsive disorder. However, doctors often give it for depression, since it is in the same SSRI class as Prozac, Zoloft, and Paxil. »

Voir également Kelly Patricia O' MEARA, « Prescription Drugs May Trigger Killing », [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m1571/is\\_35\\_18/ai\\_92352722/](http://findarticles.com/p/articles/mi_m1571/is_35_18/ai_92352722/).

4. Monica DAVEY et Gardiner HARRIS, « Family Wonders if Prozac Prompted School », en ligne : [www.ritalindeath.com/Prozac-School-Shootings.htm](http://www.ritalindeath.com/Prozac-School-Shootings.htm) :

« Shootings in their sleepless search for answers, the family of Jeff Weise, the teenager who killed nine people and then himself, says it is left wondering about the drugs he was prescribed for his waves of depression.

On Friday, as Tammy Lussier prepared to bury Mr. Weise, who was her nephew, and her father, who was among those he killed, she found herself looking back over the last year, she said, when Mr. Weise began taking the antidepressant Prozac after a suicide attempt that Ms. Lussier described as a "cry for help".

"They kept upping the dose for him", she said, "and by the end, he was taking three of the 20 milligram pills a day. I can't help but think it was too much, that it must have set him off".

Kinkel<sup>5</sup> et Francis Proulx<sup>6</sup>, l'inflation des crimes violents commis par des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs est préoccupante. S'il est vrai qu'il est difficile d'évaluer concrètement l'impact des antidépresseurs sur le comportement de l'individu, la fréquence et le nombre d'incidents violents rapportés dans les journaux, ainsi que de procès impliquant des utilisateurs

---

Lee Cook, another relative of Mr. Weise, said his medication had increased a few weeks before the shootings on Monday.

"I do wonder, Mr. Cook said" whether on top of everything else he had going on in his life, on top of all the other problems, whether the drugs could have been the final straw.

The effects of antidepressants on young people remain a topic of fierce debate among scientists and doctors.

Last year, a federal panel of drug experts said antidepressants could cause children and teenagers to become suicidal. The Food and Drug Administration has since required the makers of antidepressants to warn of that danger on their labels for the medications. »

5. « [www.kiombo.com/pmes/pdf/tuerie-en-finlande.pdf](http://www.kiombo.com/pmes/pdf/tuerie-en-finlande.pdf) » : « Springfield, Oregon – 21 mai, 1998 : Kip Kinkel, 15 ans, assassine ses parents, puis prend le chemin de l'école, où il ouvre le feu sur des élèves dans la cafétéria; il en tue deux et en blesse vingt-deux autres. Kinkel était sous Prozac, un antidépresseur. »

6. Reconnu coupable du meurtre de Nancy Michaud. Richard HÉNAULT, « Procès de Francis Proulx: une autre psychiatre met l'Effexor en cause », La Presse, 6 mai 2009, en ligne : « <http://www.cyberpresse.ca/le-soleil/actualites/justice-et-faits-divers/200905/05/01-853667-proces-de-francis-proulx-une-autre-psychiatre-met-leffexor-en-cause.php> » :

« Selon la D<sup>re</sup> Marie-Frédérique Allard, les changements induits par le médicament chez l'individu de 29 ans de Rivière-Ouelle ont fait en sorte qu'il n'était pas en mesure d'appliquer son jugement et de mettre ses connaissances en application bien qu'il ait une "connaissance théorique" que ses gestes n'étaient pas corrects. "Je ne peux expliquer son geste d'une autre façon", a déclaré la psychiatre de Shawinigan.

L'introduction de l'Effexor s'est avérée néfaste pour Proulx en raison de sa condition antérieure. L'individu était en effet déjà atteint du syndrome de Gilles de la Tourette et il souffrait de troubles anxieux et obsessionnels compulsifs, sans compter qu'il avait fait une dépression majeure en 2001 et qu'il présentait des symptômes de maladie bipolaire. Toutefois, d'assurer la psychiatre, Proulx n'avait pas une personnalité antisociale.

Après avoir commencé à consommer de l'Effexor, a expliqué la D<sup>re</sup> Allard, il a été soulagé de ses troubles anxieux, mais ses troubles obsessionnels compulsifs ont été exacerbés. De plus, l'Effexor a induit un virage maniaque ou hypomaniaque. »

d'antidépresseurs, nous amènent à nous interroger sur la toxicité de ce produit ainsi que sur la responsabilité des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs.

Sur la toxicité du produit, tout d'abord, puisque malgré ses effets bénéfiques, les antidépresseurs font toujours l'objet de nombreuses critiques de la part de scientifiques<sup>7</sup>. Ces inquiétudes, qui touchent autant l'efficacité du produit que sa toxicité au point de vue psychologique, ne peuvent plus être ignorées des milieux juridiques. C'est pourquoi nous allons consacrer la première section de cet article à la définition médicale des antidépresseurs et, plus particulièrement, à leur mode de fonctionnement ainsi qu'aux manifestations indésirables observées chez certains sujets présentant ou non des symptômes dépressifs (PREMIÈRE SECTION). Cette étude, une fois complétée, servira de base à l'analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis des crimes en cours de traitement ou de sevrage. Il s'agira, plus précisément, de déterminer les moyens de défense disponibles ou envisageables ainsi que leur conformité avec les symptômes observés chez certains usagers d'antidépresseurs au moment du crime (DEUXIÈME SECTION). En ce qui concerne, finalement, la troisième et dernière section, celle-ci sera consacrée à la critique du droit actuel ainsi qu'à la formulation de certaines recommandations visant à améliorer l'état du droit applicable en semblable matière (TROISIÈME SECTION).

## **PREMIÈRE SECTION : Les antidépresseurs : aspects médicaux**

Comme l'efficacité d'un moyen de défense se définit à travers sa conformité avec la réalité psychologique de l'accusé au moment du crime, c'est de ce côté que nous allons commencer

---

7. Sur ce point, voir les études suivantes : David HEALY, Andrew HERXHEIMER et David B. MENKES, « Antidepressants and Violence : Problems at the Interface of Medicine and Law », (2006), 3-9 *PLoS Medicine* e372, en ligne : « [www.plosmedicine.org](http://www.plosmedicine.org) ». Joel M. KAUFFMAN, « Selective Serotonin Reuptake Inhibitor (SSRI) Drugs : More Risks Than Benefits? », (2009) 14-1 *J. of Amer. Psych.*

notre analyse de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis un crime en cours de traitement ou de sevrage. Tout d'abord, qu'est-ce qu'un antidépresseur? Comment fonctionne ce médicament? Dérivé du grec *anti* : « qui est contre » et du latin *depressio* : « enfoncement; affaiblissement », les antidépresseurs sont de puissants psychotropes dont l'action chimique se concentre spécifiquement sur l'activité cérébrale du sujet en augmentant les neurotransmetteurs impliqués dans la gestion de l'humeur<sup>8</sup>. En médecine, on classe généralement les antidépresseurs en trois familles distinctes : les inhibiteurs de la monoamine-oxydase (IMAO), les tricycliques et les inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine (ISRS). Développés dans les années 80 afin de pallier aux nombreux effets secondaires associés aux classes les plus anciennes d'antidépresseurs, les inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine agissent sur l'humeur de l'individu en diminuant la recapture de la sérotonine dans le neurone présynaptique. Ce « blocage » présynaptique entraîne, au point de vue chimique, une augmentation des neurotransmetteurs et un affaiblissement des symptômes dépressifs liés à un niveau trop bas de sérotonine. Moins envahissants que leurs prédécesseurs, les inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine figurent parmi les antidépresseurs les plus populaires. En tout, cinq produits enregistrés se rapportent directement à cette famille d'antidépresseurs : il s'agit du Celexa, du Luvox, du Paxil, du Prozac et du Zoloft. À ces produits s'ajoutent également cinq versions génériques : le Citalopram, la Fluvoxamine, la Paroxétine, la Fluoxétine et la Sertaline. Traditionnellement associés à la dépression, les inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine sont également employés dans le traitement symptomatique des troubles obsessionnels compulsifs, d'anxiété généralisée, de phobie sociale, d'attaques de panique et de syndrome post-traumatique. Bien que cet article s'intéresse plus spécifiquement aux ISRS – en raison de la disponibilité et de la fiabilité accrue de la documentation disponible –, d'autres

---

8. Vulgaris-médical, en ligne : « [www.vulgaris-medical.com/encyclopedie/antidepresseur-496.html](http://www.vulgaris-medical.com/encyclopedie/antidepresseur-496.html) ».

antidépresseurs peuvent également être associés à la présence d'agressivité et de violence chez le consommateur. Parmi les autres types d'antidépresseurs pouvant entraîner certaines modifications comportementales et émotionnelles, mentionnons l'Effexor, le Remeron, le Serzone, le Wellbutrin et leurs dérivés génériques que sont le Venlafaxine, le Mirtazapine, le Nefazodone, le Bupropion et le Dothiepin.

En ce qui concerne, par ailleurs, l'efficacité des antidépresseurs, on estime, malgré les difficultés inhérentes à ce type d'études, qu'entre 11%-30% des patients souffrant de dépression ou de troubles associés présentent une amélioration de leur état de santé qui dépasse l'effet placebo généralement associé à ce type de médicament. En tout, entre 60-65% des patients bénéficient de l'utilisation des antidépresseurs, que cette amélioration soit attribuée ou non à la présence d'un effet placebo<sup>9</sup>. Malgré plusieurs études contradictoires sur la question,

- 
9. Joel M. KAUFFMAN, « Selective Serotonin Reuptake Inhibitor (SSRI) Drugs : More Risks Than Benefits? », (2009) 14-1 *J. of Amer. Psych.*, vol. 14, number 1, Spring 2009, 7 et 11 :

« At most 30% of patients receive a benefit from SSRIs beyond the large placebo effect in certain mental conditions, especially depression, according to a recent meta-analysis of published trials. An equally recent meta-analysis of all SSRI trials submitted to the FDA showed a small benefit for the severely depressed patients only. Many early unpublished trials did not show any benefit. [...]

A prominent recent meta-analysis of Bridge et al. included 27 trials of SSRIs for three defined mental conditions: major depressive disorder (MDD), OCD, and non-OCD anxiety disorders. Benefits, compared with placebo, were found to be highly statistically significant. For MDD, data from 13 trials showed benefit in 61% vs. 50% on placebo, a gain of 11% absolute (NNT=10), <0.001 for all ages of participants. For OCD, data from six trials showed benefit in 52% vs. 32% on placebo, a gain of 20% absolute (NNT=5), <0.001 for all ages. For non-OCD anxiety, data from 6 trials showed benefit in 69% vs. 39% on placebo, a gain of 30% absolute (NNT=3), <0.001 for all ages. These results represent the maximum expectation of benefit from SSRIs since 22 of the 27 trials were financially supported by SSRImakers, and thus subject to the routinely positive bias of industry-sponsored clinical trials.[...]

At most, 11%-30% of patients with depression or related conditions who take SSRIs actually benefited beyond the placebo effect on normal doses. Of the perceived benefit, 32%-67% can be attributed to the placebo ef-



on ne peut donc nier l'efficacité de ce médicament ni sa pertinence dans le cadre d'un traitement visant à enrayer les symptômes de la dépression. D'où l'importance de bien connaître les effets indésirables observés chez certains usagers d'antidépresseurs.

Bien qu'il soit difficile d'évaluer concrètement les manifestations indésirables associées à la prise d'antidépresseurs, on s'entend généralement pour dire que ces médicaments provoquent chez certains sujets recevant des ISRS ou d'autres antidépresseurs plus récents des symptômes pouvant être liés à la commission d'infractions criminelles et plus particulièrement à la perpétration de crimes violents. Parmi les changements comportementaux et émotionnels observés chez certains usagers d'antidépresseurs, mentionnons les symptômes suivants : akathisie, agitation, désinhibition, labilité émotionnelle, hostilité, agressivité, impulsivité, dépersonnalisation, hypomanie, manie, cauchemars, troubles du sommeil, hallucinations, psychose, perte de conscience, idées délirantes, démence, idées d'homicide, réaction paranoïaque et dépression psychotique<sup>10</sup>. Bien que peu fréquente, la gravité de ces manifestations indésirables a amené les autorités canadiennes à exiger la présence de mises en garde plus vigoureuses quant à la possibilité de changements comportementaux et émotionnels liés à l'utilisation des ISRS et d'autres nouveaux antidépresseurs. En effet :

Santé Canada avertit les Canadiens que les inhibiteurs du recaptage de la sérotonine (ISRS) et d'autres nouveaux antidépresseurs sont maintenant accompagnés de mises en garde plus vigoureuses. Ces nouvelles mises en garde précisent que les patients de tous âges qui prennent ces médicaments peuvent présenter des changements comportementaux et/ou émotifs pouvant être associés à un risque accru de poser des gestes autodestructeurs ou de faire du mal à autrui.

---

fect. »

10. WYETH CANADA, MONTRÉAL, CANADA, *Capsules EFFEXOR XR, antidépresseur-anxiolytique, date de révision* : le 16 juin 2008, p. 6, 7, 10, 40 et 46.

[...]

Les patients, leur famille et leurs soignants doivent savoir qu'un petit nombre de patients prenant ce type de médicaments ont le sentiment que leur état général a empiré plutôt que de s'améliorer, en particulier durant les premières semaines de traitement ou lors d'ajustements de posologie. Ils peuvent, par exemple, éprouver une sensation inhabituelle d'agitation, des sentiments d'hostilité ou d'anxiété, avoir des pensées impulsives ou troublantes, notamment envisager de poser des gestes autodestructeurs ou de faire du mal à autrui<sup>11</sup>.

En ce qui touche, plus particulièrement, l'apparition de ces manifestations indésirables, les premières semaines de traitement, les changements posologiques importants et l'arrêt de la prise du médicament sont particulièrement à redouter. Sans être une cause directe de violence, les antidépresseurs peuvent donc constituer, chez certains sujets, des agents influents dans la prédisposition ou le déclenchement de conduites criminelles. Parmi les symptômes psychologiques associés à la commission d'infractions criminelles, quatre manifestations retiennent particulièrement notre attention : il s'agit des troubles délirants (psychose, hallucinations, idées délirantes); des manifestations de type agitation (akathisie, agitation, hostilité, impulsivité, agressivité, idées d'homicide, labilité émotionnelle); des troubles du sommeil (cauchemars et somnambulisme) et, enfin, d'autres troubles incapacitants (manie et démence). Voyons brièvement en quoi consistent ces quatre catégories d'effets indésirables.

## **1. Les troubles délirants (psychose, hallucinations, idées délirantes)**

D'après le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (DSM-IV-TR), la psychose est un trouble de l'esprit dont

---

11. « Santé Canada avertit les Canadiens de la présence de mises en garde plus vigoureuses concernant les ISRS et d'autres nouveaux antidépresseurs », en ligne : « [www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/advisories/avis/\\_2004/2004\\_31-fra.php](http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/advisories/avis/_2004/2004_31-fra.php) ».

la caractéristique essentielle est la présence, au premier plan du tableau clinique, d'idées délirantes et/ou d'hallucinations prononcées<sup>12</sup>. D'idées délirantes, tout d'abord, puisque les antidépresseurs entraînent parfois chez le sujet l'apparition de croyances erronées fondées sur une déduction incorrecte de la réalité<sup>13</sup>. En raison de leur contenu psychologique, les idées délirantes de persécution sont particulièrement à redouter : « le sujet croit, par exemple, qu'il est harcelé, poursuivi, victime d'une mystification, espionné ou tourné en ridicule »<sup>14</sup>. Sans liquider complètement l'intelligence de l'individu, les idées délirantes s'emparent de son esprit et l'enferment dans « un déterminisme où s'abolissent progressivement toutes les formes de la liberté »<sup>15</sup>. C'est la folie totale avec ses fausses croyances et ses associations vicieuses d'idées. Quant aux hallucinations, il s'agit, conformément à leur racine étymologique (du latin : *hallucinare* : « méprise », « rêver »), d'un trouble qui entraîne la perception d'objets inexistantes, mais ressentis comme étant réels<sup>16</sup>. Qu'elle soit à l'origine d'idées délirantes ou d'hallucinations visuelles, auditives, olfactives ou tactiles, la psychose entraîne toujours une distorsion de la réalité, une coupure avec le monde extérieur qui s'oppose à toute forme de responsabilité. Bien qu'elle soit plutôt rare, l'apparition de symptômes psychotiques fut observée chez certains usagers d'antidépresseurs<sup>17</sup>. Sur ce point, on distingue

- 
12. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, DSM-IV-TR, Paris, Masson, 2003, p. 343.
  13. Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 255.
  14. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, DSM-IV-TR, Paris, Masson, 2003, p. 345.
  15. Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 174 et 175.
  16. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, DSM-IV-TR, Paris, Masson, 2003, p. 946.
  17. David HEALY, Andrew HERXHEIMER et David B. MENKES, « Antidepressants and Violence : Problems at the Interface of Medicine and Law », (2006) 3-9 *PLoS Medicine* e372, 1480 et 1481, en ligne : « [www.plosmedicine.org](http://www.plosmedicine.org) », WYETH CANADA, MONTRÉAL, CANADA, Capsules EFFEXOR XR,

généralement la personne qui souffre d'idées délirantes et/ou d'hallucinations antérieurement à la prise d'antidépresseurs, de celle qui, tout en n'ayant jamais expérimenté une telle perte de contact avec la réalité, entretient des idées délirantes ou perçoit des hallucinations depuis son exposition à la substance. Il existe donc deux formes de délire. Une forme primaire, préexistante, et indépendante de la prise d'antidépresseur, et une forme secondaire, postérieure ou extérieure à la personnalité du sujet. Dans les deux hypothèses, « il est important de souligner que, même si les manifestations indésirables sont survenues durant un traitement avec un antidépresseur, elles n'étaient pas nécessairement causées par ce traitement »<sup>18</sup>. Bien que les troubles psychotiques associés à la prise d'antidépresseurs disparaissent généralement suite à l'arrêt du traitement, il arrive parfois que des idées délirantes ou des hallucinations persistent pendant des jours, des semaines ou davantage malgré le retrait de la substance en cause<sup>19</sup>. La persistance des symptômes psychotiques pendant une période de plus d'un mois suggère la présence d'un trouble psychotique primaire et non d'une intoxication à la substance<sup>20</sup>.

---

*antidépresseur-anxiolytique, date de révision : le 16 juin 2008, 46.*

18. WYETH CANADA, MONTRÉAL, CANADA, Capsules EFFEXOR XR, antidépresseur-anxiolytique, date de révision : le 16 juin 2008, 44.
19. David HEALY, Andrew HERXHEIMER et David B. MENKES, « Antidepressants and Violence : Problems at the Interface of Medicine and Law », (2006) 3-9 *PLoS Medicine* e372, 1480 et 1481, en ligne : « [www.plosmedicine.org](http://www.plosmedicine.org) » :  
« Another mechanism that may link SSRIs to violence are the manic or psychotic states reported to be induced by drug treatment. These drug-induced states often resolve once the medication is removed. However, the full dimensions of treatment-induced psychotic or manic reactions have yet to be mapped; some may continue for a long period after treatment has stopped. It has recently been estimated that these drug-induced manic or psychotic states may account for up to eight percent of admissions to psychiatric facilities ».
20. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, DSM-IV-TR, Paris, Masson, 2003, p. 392.

## **2. Les manifestations de type agitation**

Nous avons classé les manifestations de type agitation en trois sous-catégorie répertoriées en fonction du contenu psychologique de chaque symptôme et de la nature des « phénomènes réels, observables, positifs par lesquels il se manifeste »<sup>21</sup>. Il s'agit des effets indésirables affectant l'activité psychomotrice du sujet, son hostilité et ses émotions.

*Les effets indésirables affectant l'activité psychomotrice du sujet* : « L'activité motrice excessive associée à un état de tension intérieure » est un effet indésirable peu fréquent, mais bien connu, de la prise d'antidépresseurs<sup>22</sup>. Incapable de rester tranquille, le

---

21. Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 204 [FOUCAULT].

22. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, DSM-IV-TR, Paris, Masson, 2003, p. 943 [DSM-IV-TR]. David HEALY, Andrew HERXHEIMER et David B. MENKES, « Antidepressants and Violence : Problems at the Interface of Medicine and Law », (2006) 3-9 *PLoS Medicine* e372, 1480, en ligne : « [www.plosmedicine.org](http://www.plosmedicine.org) » :

« Akathisia. Some of the best descriptions of akathisia come from the medical literature on the use of reserpine as an anti-hypertensive in the mid-1950s : "Increased tenseness, restlessness, insomnia and a feeling of being very uncomfortable". "On the first day of treatment he reacted with marked anxiety and weepiness, on the second day felt so terrible with such marked panic at night that the medication was cancelled". "The first few doses frequently made them anxious and apprehensive. They reported increased feelings of strangeness, verbalised by statements such as 'I don't feel myself' or 'I'm afraid of some of the unusual impulses I have'". Events such as these in clinical trials of antidepressants have commonly been coded under headings such as agitation, emotional lability, and hyperkinesis (overactivity), and only rarely to akathisia. In clinical practice the term has sometimes been restricted to states of demonstrable motor restlessness, but by definition it cannot be a simple motor disorder or it would be classified as a dyskinesia [19]. There is good evidence that akathisia can exacerbate psychopathology in general and consensus that it can be linked to both suicide and violence. A link between akathisia and violence, including homicide, following antipsychotic use has previously been reported. Substantial evidence from SSRI clinical trials shows that these drugs can trigger agitation. Approximately five percent of patients on SSRIs in randomised trials drop out for agita-

sujet est tendu, nerveux et inconfortable. Comme un incendie qui se répand dans les fibres de son corps, le malade éprouve un sentiment d'hyperactivation, d'agitation ou de fièvre qui se « traduit par des comportements tels que la marche de long en large, l'impossibilité de tenir en place, des frottements des mains, le fait de tirer ses vêtements et l'incapacité à rester assis »<sup>23</sup>. Les limites et les conséquences de l'accroissement de l'activité psychomotrice sur le comportement du sujet étant difficilement repérables, cette manifestation indésirable (réaction paradoxale) acquiert une coloration particulière lorsqu'elle est associée à une augmentation de l'hostilité chez le sujet<sup>24</sup>, seconde rubrique impliquée dans le cadre de cette étude portant sur les manifestations de type agitation.

---

tion against 0.5% on placebo. The current data sheets for SSRI antidepressants specify that the drugs can cause akathisia and agitation, and warn about developing suicidality in the early phase of treatment, on treatment discontinuation, and in the wake of a dosage increase during the course of treatment. In the US, these warnings explicitly apply to not only depressed patients but also people being treated for anxiety, smoking cessation, or premenstrual dysphoric disorder. In Canada, warnings specify an increased risk of violence in addition to suicide. »

23. DSM-IV-TR, *supra* note 22, p. 943.

24. Ann BLAKE TRACY, *Prozac. Panacea or pandora?*, Salt Lake City, Cassia Publications, 2001, p. 154 :

« Akathisia is a Greek term signifying "can't sit down". It is an urgent need of movement or "a vague disturbing inner restlessness" that brings on severe anxiety. The patients report experiencing an inner "jitteriness" or muscle quivering, mental and physical restlessness – constantly racing thoughts coupled with an inability to sit or rest, feeling "driven" non-stop. They often express that they can "feel no peace". It is often associated with strong feelings of terror, hostility, anger or rage which produce extremely violent behavior. Inner jitteriness or muscle quivering, mental and physical restlessness, constant movement, aggression, somatic complaints, constant movement, terror, hatred, violence, feelings of impending loss of mental control, increased psychotic symptoms, hallucinations, etc. are all signs of akathisia. The increasing feelings of hostility can progress to violent physical attacks. Patients begin to believe they are going insane and attempt to find reason for their chemically induced hostility. They often assign blame to others for these feelings leading to false accusations toward others, generally those closest to the patient. »

*Les effets indésirables affectant l'hostilité du sujet :* il s'agit probablement de l'effet secondaire le plus souvent associé à la commission de crimes contre la personne. On remarque, en effet, chez certains sujets l'augmentation de l'agressivité et de l'hostilité : l'individu est impatient, colérique et irritable. L'impulsivité est toujours près de la surface. Les plus petites contrariétés deviennent de véritables provocations. Les frustrations les plus mineures, de véritables sujets de discorde. Sans être toujours aussi dramatique, l'hostilité observée chez certains patients peut se traduire par la commission de gestes impulsifs et violents, d'idées dérangeantes comme la pensée de se faire mal ou de faire mal à autrui.

*Les effets indésirables affectant les émotions du sujet :* Étroitement associées à l'activation des freins comportementaux, les émotions ne constituent généralement pas un facteur pertinent dans la détermination de la responsabilité pénale d'un individu. Et pourtant, celui qui ne ressent plus rien, qui est coupé émotionnellement des éléments qui déterminent son comportement, n'est pas en mesure d'orienter aussi efficacement sa conduite. En effet : « several reports published since 1990 have linked SSRI intake with the production of emotional blunting, detachment, or an amotivational syndrome, described in one report as the equivalent to a chemical lobotomy. It is quite common in clinical practice to find people who say they simply are not bothered any more. Things that would previously have worried them no longer do so ».<sup>25</sup> L'émoussement émotionnel que l'on observe, parfois, chez certains patients ayant pris des antidépresseurs est donc une manifestation indésirable qui, en débordant de son foyer d'affection, affecte les différentes fonctions à la base de notre comportement. De là l'importance de bien investiguer la contribution de ce facteur dans la commission d'actes criminels n'ayant pas ou peu de rapport avec la personnalité du sujet.

---

25. David HEALY, Andrew HERXHEIMER et David B. MENKES, « Antidepressants and Violence : Problems at the Interface of Medicine and Law », (2006) 3-9 *PLoS Medicine* e372, 1480, en ligne : « [www.plosmedicine.org](http://www.plosmedicine.org) ».

### 3. Les troubles du sommeil

À l'instar de nombreux traitements médicaux affectant le système nerveux autonome, les antidépresseurs peuvent entraîner chez certains sujets la survenue répétée de cauchemars, c'est-à-dire « de rêves effrayants provoquant des réveils »<sup>26</sup>. Ce phénomène, également observable lors de l'arrêt de médicaments supprimant le sommeil paradoxal, peut parfois entraîner des incidents au moment du réveil. Il en va également du somnambulisme, trouble qui se caractérise par l'adoption de comportements moteurs complexes généralement associés à un état de veille<sup>27</sup>. En effet, d'après D. Healy, A. Herxheimer et D.B. Menkes :

Several reports have been published of an association of paroxetine with sleepwalking in people not previously known to have sleepwalked; somnambulism has also been reported for other SSRIs. Among the drugs linked to sleepwalking in reports to the UK MHRA up to January 2006, paroxetine came second with 12 reports, and zopiclone first with 13 reports, with antidepressants occupying eight of the top 17 slots.

Paroxetine has also been reported to the MHRA more often than any other drug for nightmares (206 reports). The second most commonly reported drug is mefloquine (Lariam), a drug noted for triggering psychosis, with 132 reports. Antidepressants occupy six of the top ten slots for reports of nightmares. »<sup>28</sup>

Comme l'indique ce passage emprunté à l'article *Antidepressants and Violence : Problems at the Interface of Medicine and Law*, les antidépresseurs peuvent générer des

26. DSM-IV-TR, *supra* note 22, p. 730.

27. *Id.*, p. 739.

28. David HEALY, Andrew HERXHEIMER et David B. MENKES, « Antidepressants and Violence : Problems at the Interface of Medicine and Law », (2006) 3-9 *PLoS Medicine* e372, 1481, en ligne : « [www.plosmedicine.org](http://www.plosmedicine.org) ».



troubles du sommeil à l'origine de la commission d'actes criminels.<sup>29</sup>

#### **4. Les autres troubles incapacitants (hypomanie, manie et démence)**

Contrairement à la dépression, qui se caractérise par la tristesse et l'abattement, la manie est marquée par une humeur élevée, expansive ou irritable<sup>30</sup>. Parmi les symptômes généralement associés à la maladie, notons l'augmentation de l'estime de soi, la diminution du besoin de sommeil, la présence d'idées de grandeur, d'un glissement de la pensée avec distractibilité évidente et difficulté à apprécier les conséquences ou les risques de certaines activités. Chez certains, l'humeur est expansive et gaie. Le malade est enthousiaste, parle à des inconnus, donne son avis sur tous les sujets même ceux pour lesquels il ne possède aucune compétence particulière. On note, en effet, chez plusieurs malades « une augmentation des désirs, des fantasmes et des comportements sexuels ainsi qu'une sociabilité accrue, voire envahissante »<sup>31</sup>. Chez d'autres, le jugement est affecté, mais sans altération de l'intelligence : le malade se lance dans des activités à haut risque, pose des gestes aberrants ayant peu ou pas de rapports avec sa personnalité ou sa conduite antérieure<sup>32</sup>. « Les conséquences dommageables d'un épisode maniaque (p. ex. : une hospitalisation sous contrainte, des

---

29. Ann BLAKE TRACY, *Prozac. Panacea or pandora?*, Salt Lake City, Cassia Publications, 2001, p. 194 :

« Research shows that people with RBD will strike out in their dreams thinking they are protecting a loved one when in fact they are actually attacking their loved one. They frequently display aggressive and violent behavior while sleeping and yet when awake are very sane, calm and collected individuals. Their dreams will correspond to their movements. Many of these dreams are violent. They will dream about punching, kicking or leaping when they are in actually punching, kicking or leaping. They often damage property and injure themselves or others. Some patients have seriously injured or hurt others in car accidents, etc. while in this state. »

30. DSM-IV-TR, *supra* note 22, p. 412.

31. *Id.*, p. 414.

32. *Id.*, p. 412-415.

problèmes avec la loi, ou de sérieuses difficultés financières) résultent souvent des troubles de jugement ou de l'hyperactivité »<sup>33</sup>. L'individu sait ce qu'il fait, mais son absence de jugement combiné à sa désinhibition émotionnelle l'amènent à adopter des comportements inhabituels, à entretenir des pensées, des émotions qui étaient absentes auparavant. Chez d'autres, enfin, l'hostilité est apparente : le sujet est colérique et irritable. « Certaines personnes, notamment lorsqu'il existe des caractéristiques psychotiques, peuvent devenir physiquement agressives ou suicidaires »<sup>34</sup>. Les troubles du jugement et l'hyperactivité que l'on rencontre chez certains sujets peuvent donc être à l'origine d'infractions criminelles, qu'il s'agisse de crimes contre les biens ou la personne. Si les symptômes associés à la présence d'un épisode maniaque sont observés chez le patient à la suite d'un traitement aux antidépresseurs, un diagnostic de trouble de l'humeur induit par une substance avec caractéristiques maniaques doit être envisagé. Dans ce cas, « le jugement clinique est essentiel pour déterminer si c'est le traitement qui est en cause ou si un épisode maniaque primaire survient alors que le patient est sous traitement.<sup>35</sup>»

En ce qui concerne, par ailleurs, la démence, celle-ci se caractérise par la présence de déficits cognitifs multiples, avec altération de la mémoire<sup>36</sup>. L'incapacité mentale étant associée à l'ampleur du déficit cognitif, la démence peut être légère, modérée ou totale. Dans sa forme légère, la mémoire du sujet est affectée, mais sans trop de grandes conséquences : le malade perd son portefeuille, égare ses clés, oublie un numéro de téléphone, un rendez-vous, etc. Plus le déficit sera important, plus les oublis seront fréquents et sérieux : le malade, par exemple, laisse des plats sur la cuisinière, oublie de fermer le fourneau, se perd dans des quartiers qui ne lui sont pas familiers, etc. Aux stades plus avancés de la maladie, la détérioration de la mémoire est si sévère que « le sujet oublie son métier, ses études, sa date de naissance,

---

33. *Id.*, p. 415.

34. *Id.*, p. 412-415.

35. *Id.*, p. 412-415.

36. *Id.*, p. 172.

les membres de sa famille et parfois même son nom »<sup>37</sup>. Désormais, l'individu se replie sur lui même et s'engouffre dans ce corps qu'il n'est plus en mesure de reconnaître, comme si son identité s'était évanouie avec les souvenirs qui disparaissaient. Incapable de pensées abstraites, le sujet n'est plus en mesure d'aménager ses actions en fonction de ses désirs. Dorénavant, tout se désagrège et s'évanouit ne laissant plus que le corps et l'âme derrière lui.

## **DEUXIÈME SECTION : Les antidépresseurs : aspects juridiques**

Ayant défini les manifestations indésirables observées chez certains usagers d'antidépresseurs, il convient maintenant de s'interroger sur la responsabilité pénale des personnes ayant commis des crimes en cours de traitement ou de sevrage<sup>38</sup>. Cet examen, il va de soi, exige une évaluation attentive de l'état d'esprit de l'individu au moment du crime ainsi que de l'intensité des symptômes observés chez ce dernier lors de la commission de l'acte illégal. Enfin, cette analyse ne serait pas complète sans considérer la présence de toutes autres pathologies associées ou sous-jacentes à la personne de l'accusé, avant et pendant la prise de médicament et la commission du crime.

### **L'aliénation mentale**

Aux termes de l'article 16 du *Code criminel* :

**16. (1) [Troubles mentaux]** La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

---

37. *Id.*, p. 172.

38. Voir sur ce point Christian SAINT-GERMAIN, « L'imputabilité en droit criminel canadien des comportements induits par les antidépresseurs », (2007) 38 R.D.U.S. 167.

Pour être exonératoire, l'aliénation mentale suppose donc la réunion des deux conditions impératives que sont: **(1)** la présence d'un trouble mental chez l'accusé au moment du crime; trouble auquel s'ajoute **(2)** une incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. Si la première condition s'intéresse à la *nature* du déséquilibre psychique observé chez le malade au moment de la commission du crime, la seconde porte, quant à elle, sur l'*incapacité* nécessaire afin de bénéficier de l'exemption de responsabilité criminelle prévue aux termes de l'article 16 C.cr.<sup>39</sup>

### **a) La présence d'un trouble mental**

Bien qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de définition précise et exhaustive de la notion de « trouble mental » en droit criminel, on s'entend généralement pour dire « qu'un trouble mental comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion »<sup>40</sup>. Les manifestations indésirables observées chez certains sujets à la suite de la prise d'antidépresseurs étant des troubles qui affectent la raison humaine et son fonctionnement, celles-ci correspondent donc à un trouble mental au sens de l'article 16 du *Code criminel*.

### **b) La présence d'une incapacité mentale**

Bien que la présence d'un trouble mental soit nécessaire afin d'actionner les mécanismes à la base de la défense

39. R. c. *Rabey*, (1977) 37 C.C.C. (2d) 461, 474 :

« [TRADUCTION] Dans un grand nombre de cas, sinon la plupart, où l'aliénation mentale est invoquée comme moyen de défense, la question de savoir si l'accusé souffrait d'une maladie mentale n'est pas la question cruciale; la question déterminante est de savoir si un état qui, de l'avis de tous, constitue une maladie mentale rendait l'accusé incapable de juger la nature et la qualité de l'acte ou de savoir qu'il était mauvais. » (Cité et traduit dans R. c. *Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149).

40. R. c. *Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1159.

d'aliénation mentale, encore faut-il que celui-ci ait entraîné chez le sujet une incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

*L'incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission : d'après le juge McIntyre dans l'arrêt Kjeldsen c. La Reine :*

Pour être capable de juger la nature et la qualité de ses actes, un accusé doit être capable de savoir ce qu'il fait ; en l'espèce, par exemple, de savoir qu'il frappait la femme à la tête avec une pierre, avec beaucoup de force, et il doit être capable en plus d'évaluer et de comprendre les conséquences matérielles qui découlent de son acte, en l'espèce, qu'il infligeait une blessure physique pouvant causer le décès.<sup>41</sup>

Comme l'indique ce passage emprunté à l'arrêt *Kjeldsen*, le premier critère d'incapacité prévu à l'article 16 C.cr. se rapporte à la conscience de l'acte matériel (connaissance de la qualité matérielle de l'acte) et à la capacité de l'individu de prévoir et d'en mesurer les conséquences naturelles (prévisibilité subjective des conséquences)<sup>42</sup>. Sera responsable, par conséquent, l'individu qui

---

41. *R. c. Kjeldsen*, [1981] 2 R.C.S. 617, 623.

42. *R. c. Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1162 et 1163 :

« Dans l'arrêt *Simpson*, le juge Martin a émis l'opinion que le paragr. 16(2) exonère de responsabilité un accusé qui, en raison d'une maladie mentale, n'a aucune compréhension réelle de la nature, du caractère et des conséquences de l'acte au moment de sa perpétration. Je suis d'accord. Avec égards, j'accepte l'opinion qu'en employant le mot "juger", la première partie du critère introduit une exigence qui s'ajoute à la simple connaissance de la qualité matérielle de l'acte. L'exigence, propre au Canada, est celle de la perception, une capacité de percevoir les conséquences, les répercussions et les résultats d'un acte matériel. Un accusé peut être conscient de l'aspect matériel de son acte (c.-à-d., la strangulation) sans nécessairement pouvoir juger que, par sa nature et sa qualité, cet acte entraînera la mort d'un être humain. Il s'agit simplement d'une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe que la *mens rea*, ou l'intention relativement aux

sait ce qu'il fait et qui a conscience des conséquences matérielles de son acte. Le critère étant purement cognitif (connaissance se rapportant à l'acte matériel et à ses conséquences naturelles), la conscience émotionnelle des conséquences de la conduite reprochée n'est pas – contrairement à ce que prétend le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Cooper* – pertinente à ce stade<sup>43</sup>.

---

conséquences d'un acte, est un élément nécessaire dans la perpétration d'un crime. »

43. *R. c. Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1160. Voir également les commentaires intéressants du juge Martin dans l'arrêt *R. c. Simpson*, (1977) 35 C.C.C. (2d) 337, 355 :

« [TRADUCTION] Le trouble émotif causé par la maladie mentale peut être grave au point de priver l'accusé de sa faculté de comprendre au moment de l'acte, le rendant incapable de juger la nature et la qualité de l'acte ou de savoir qu'il est mauvais, ce qui, en vertu du par. 16(2) du Code, le dégage de toute responsabilité: voir *Reference re Regina v. Gorecki* (N° 2) (un arrêt de cette Cour rendu le 14 septembre 1976 et encore inédit (publié depuis à 32 C.C.C. (2d) 135, et à 14 O.R. (2d) 218)). Cependant, je n'estime pas que les témoignages des psychiatres indiquent que l'accusé était, à cause du trouble émotionnel résultant de la maladie mentale, incapable de comprendre ce qu'il faisait ou de se rendre compte de ce qu'il faisait, mais plutôt qu'il n'avait pas de sentiments normaux et qu'il était par conséquent incapable de ressentir des sentiments normaux à l'égard de ses gestes, si on suppose qu'il les a accomplis.

Bien que je sois d'avis que le paragr. 16(2) dégage de toute responsabilité un accusé qui, à cause d'une maladie mentale, ne comprend pas vraiment la nature, le caractère et les conséquences de l'acte au moment où il l'accomplit, je ne crois pas que l'exonération prévue à cet article aille jusqu'à s'appliquer à un accusé qui comprend suffisamment la nature, le caractère et les conséquences de l'acte, mais qui n'a simplement pas à l'égard de la victime les sentiments qu'il convient d'avoir ou qui n'a pas les sentiments de remords ou de culpabilité pour ce qu'il a fait, même si cette absence de sentiment provient de la "maladie mentale". L'appréciation de la nature et de la qualité de l'acte ne comporte pas l'exigence que l'acte soit accompagné d'un sentiment approprié quant à l'effet de l'acte sur d'autres personnes: voir *Willgoss v. The Queen* (1960), 105 C.L.R. 295; *R. v. Leech* (1972), 10 C.C.C. (2d) 149, 21 C.R.N.S. 1, [1973] 1 W.W.R. 744; *R. v. Craig*, (1974), 22 C.C.C. (2d) 212, [1975] 2 W.W.R. 314 (confirmé à 28 C.C.C. (2d) 311). Il n'y a pas de doute que l'absence de ces sentiments est une caractéristique commune à beaucoup de personnes qui se livrent à des actes criminels répétés et graves. »

*L'incapacité de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais :* c'est le critère d'incapacité le plus important en droit pénal canadien. Étroitement rattaché au libre arbitre, le second critère prévu à l'article 16 C.cr. exige une évaluation du processus mental de l'individu qui dépasse largement sa dimension cognitive. En effet, d'après la juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Oommen*, « ce critère d'incapacité vise essentiellement à exonérer de toute responsabilité criminelle, l'individu qui souffrait de troubles mentaux, au moment de l'acte, qui l'empêchaient de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte »<sup>44</sup>. Incapacité de faire un choix rationnel. C'est exactement de cela qu'il s'agit. La responsabilité étant liée à la notion de libre arbitre, l'individu qui n'est pas capable de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte ne peut être pénalement responsable de ses gestes. Historiquement associée aux troubles psychotiques, l'aliénation mentale « commence là où s'obscurcit le rapport de l'Homme à la vérité. C'est à partir de ce rapport en même temps que de la destruction de ce rapport qu'elle prend son sens général et ses formes particulières. »<sup>45</sup> Examinée à la lumière de la jurisprudence contemporaine, l'exemption de responsabilité criminelle prévue à l'article 16 C.cr. se limite donc généralement aux états qui entraînent une coupure avec la réalité, que cette coupure soit le résultat d'un état psychotique, d'un trouble de la conscience ou d'un dérèglement de la pensée découlant de l'apparition de déficits cognitifs multiples. Cette constatation, une fois comprise, n'empêche pas l'ouverture du moyen de défense aux autres formes d'anormalité psychique qui entraînent chez le sujet la présence d'un déséquilibre mental, émotif ou comportemental significatif.

Ayant défini les conditions d'ouverture de la défense d'aliénation mentale, cherché à voir en quoi elles consistent et quels symptômes elles abritent, il convient maintenant de s'interroger sur son application dans le cadre de certaines manifestations indésirables observées chez certaines personnes accu-

---

44. *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507, 520.

45. FOUCAULT, *supra* note 21, p. 259.

sées d'avoir commis un acte criminel sous l'effet d'antidépresseurs<sup>46</sup>. À l'étude des troubles délirants succédera un examen des manifestations de type agitation, des troubles du sommeil et d'autres troubles incapacitants.

### **1. Les troubles délirants (psychose, idées délirantes et hallucinations)**

L'étude de la responsabilité pénale des personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et souffrant de troubles délirants comprend deux considérations; celle des troubles existant antérieurement à la prise de médicament et celle des troubles apparaissant au cours d'un traitement aux antidépresseurs.

En ce qui concerne, tout d'abord, la responsabilité pénale des personnes souffrant d'idées délirantes et/ou d'hallucinations prononcées avant la prise de médicament, cette condition étant indépendante de la substance utilisée, celle-ci s'inscrit dans le cadre normal des troubles psychotiques et autres troubles délirants en droit pénal canadien. La perte de contact avec la réalité étant constatée au moment du crime, le délire s'imposera au détriment de la liberté. En effet, la plupart des personnes souffrant d'idées délirantes et/ou d'hallucinations ne sont pas en mesure de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de leurs actes. Certes, l'individu est capable de réflexion, mais cette réflexion s'inscrit dans un cadre référentiel dominé par ses idées délirantes. D'où son irresponsabilité.

Quant au délire qui découle ou qui est concomitant à la prise d'antidépresseurs, celui-ci s'étant imposé à l'insu de la volonté du sujet, « l'innocence du fou sera garantie par l'intensité et

---

46. Compte tenu de la rareté des décisions sur la question, nous avons étendu notre recherche aux États-Unis ainsi qu'aux autres pays de common law. Malgré certaines distinctions quant aux règles gouvernant la défense d'aliénation mentale, cette analyse comparée nous semblait nécessaire afin d'établir l'impact des manifestations incapacitantes sur la responsabilité pénale de l'agent.



la force de son contenu psychologique.<sup>47</sup> » L'exemple de la mère de famille qui a poignardé à mort sa jeune fille de 15 ans afin de délivrer cette dernière de la présence d'esprits maléfiques illustre bien cette situation. L'accusée ayant pris, quelques jours avant le crime, un antidépresseur, celle-ci était sous l'emprise d'hallucinations (elle entendait des messages de Dieu) et d'idées délirantes qui l'ont amené à croire qu'elle devait assassiner sa fille pour l'aider à devenir un ange. Devant l'ampleur des idées délirantes, et l'opinion unanime des quatre psychiatres appelés à témoigner au procès, le tribunal arriva à la conclusion que l'accusée souffrait d'un trouble mental qui l'empêchait de savoir que l'acte était mauvais<sup>48</sup>. Ce cas n'est pas sans analogie avec celui d'Éric Witlin, cet avocat de 40 ans qui a tiré sur un motocycliste à l'aide d'une arme à feu, pour ensuite pénétrer par effraction dans la demeure de son ancienne conjointe armé d'un revolver<sup>49</sup>. Après son arrestation, Witlin déclara à la police que sa famille était en danger parce que la personne chargée de faire le ménage chez son an-

---

47. FOUCAULT, *supra* note 21, p. 539.

48. *R. v Tatarinova*, [2004] NSWSC 676, par. 9, 10 :

« On Tuesday 12 August 2003 Mrs Tatarinova saw Dr Aristoff, who spoke Russian. She explained her difficulties. He prescribed a low dose of an anti-depressant medication, Allegron. At about this time, or shortly after, Mrs Tatarinova began experiencing hallucinations of voices that she took to be the voice of God. The voices became more insistent, increasing in frequency and intensity. She asked her husband to take her to the Russian Orthodox Church at Strathfield, although neither she nor her husband ordinarily attended church. She said that she had an uncontrollable fear that she could not explain. She saw images of her daughter with a black circle around her head, which she interpreted as an indication that she had been taken over by an evil spirit. Something came into her head which told her that if she killed her daughter she may be able to save her. She would then become an angel. She believed she had no choice. She loved her daughter whom she regarded as her best friend. When she acted, she simply wanted it to be over quickly so that her daughter would not suffer. At approximately 4.30 am on Saturday 16 August 2003 Mrs Tatarinova inflicted a single stab wound to her daughter's chest from which she died almost at once.»

49. *State v. Witlin*, No. CR-07-0159548-T (Stamford, CT). Monica POTTS, « Lawyer's insanity defense succeeds in Stamford court », 20 MAI 2008, en ligne : « [www.ssrstories.com/show.php?item=2558](http://www.ssrstories.com/show.php?item=2558); [http://www.stamfordadvocate.com/localnews/ci\\_9318442](http://www.stamfordadvocate.com/localnews/ci_9318442) ».

cienne femme la volait et avait orchestré un complot pour enlever certains membres de sa famille. Au procès, deux psychiatres, incluant celui engagé par la poursuite, affirmèrent que l'accusé souffrait d'un épisode psychotique résultant de la prise de deux antidépresseurs : l'Alderall et le Porza qui lui avaient été prescrits pour traiter un problème d'attention et de dépression. D'après le juge Comerford : « The defendant lacked the capacity, as a result of his underlying disease (bipolar disorder) and the aforesaid induced psychotic disorder, to appreciate the wrongfulness of his conduct or to control his conduct within the requirements of the law »<sup>50</sup>. Cette conclusion, qui repose sur l'unanimité de l'opinion psychiatrique et sur l'ampleur du délire observé chez l'accusé au moment du crime, ne fait plus aucun doute. En effet, selon James Bernardi, assistant du procureur de la poursuite, « his motives were so irrational and so incapable of rational explanation... It was obvious that he was suffering psychosis at the time that this happened »<sup>51</sup>. Loin d'être un cas isolé, l'irresponsabilité des personnes souffrant de psychose résultant ou concomitant à la prise d'antidépresseurs fut proclamée dans, au moins, deux autres dossiers impliquant des femmes ayant assassiné leur enfant. La première, Paula Pinckard, a tué sa jeune fille de 11 ans à l'aide d'une arme à feu pour ensuite retourner - sans succès - l'arme contre elle. D'après l'avocat de madame Pinckard, les médecins ayant examiné l'accusée « believe the Prozac she was taking before the shooting caused her behaviour, it acted as a catalyst for a hidden bipolar condition »<sup>52</sup>. Toujours selon ce dernier : « Pinckards's psychiatrists testified that if she had not taken Prozac, her condition may never have manifested itself »<sup>53</sup>. En ce qui concerne la se-

---

50. Monica POTTS, « Lawyer's insanity defense succeeds in Stamford court », 20 mai 2008, en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=2558](http://www.ssristories.com/show.php?item=2558); [http://www.stamfordadvocate.com/localnews/ci\\_9318442](http://www.stamfordadvocate.com/localnews/ci_9318442) ».

51. Monica POTTS, « Lawyer's insanity defense succeeds in Stamford court », 20 mai 2008, en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=2558](http://www.ssristories.com/show.php?item=2558); [http://www.stamfordadvocate.com/localnews/ci\\_9318442](http://www.stamfordadvocate.com/localnews/ci_9318442) ».

52. *Louisiana v. Pinckard*, No. 2000 CR 286 (35th Judicial District). Julia ROBB, « Woman who killed daughter released on probation », 11 juillet 2003, en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=1153](http://www.ssristories.com/show.php?item=1153) ».

53. Julia ROBB, « Woman who killed daughter released on probation », 11 juillet 2003, en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=1153](http://www.ssristories.com/show.php?item=1153) ».

conde accusée, Sharon Curry, inculpée d'avoir poignardé à mort sa fille de 8 ans, celle-ci prenait du Paxil et de l'Alderal pour contrer les symptômes de sa dépression et de son déficit d'attention lorsqu'elle devint paranoïaque et décida de prendre plus de médicaments pour accroître sa vigilance. « The Sanity Commission found that the murder was the result of a drug induced psychosis and the Court found the drugs were involuntary since they were prescribed. The Court accepted the plea on not guilty by reason of insanity »<sup>54</sup>. La perte de contact avec la réalité étant avérée, la responsabilité doit s'effacer au profit d'un acquittement pour cause de troubles mentaux.

De ce qui précède, nous pouvons conclure que la psychose, qu'elle soit antérieure ou concomitante à la prise de médicaments, détruit généralement la responsabilité de l'agent au moment du crime.

## **2. Les manifestations de type agitation**

Bien que l'agitation et l'hostilité que l'on rencontre chez certains sujets faisant l'usage d'antidépresseurs ne soient généralement pas suffisantes pour entraîner un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, il en va autrement lorsque ces symptômes sont associés à d'autres modifications comportementales telles que l'émoussement émotionnel et la suppression des freins comportementaux<sup>55</sup>. C'est ainsi que l'on doit envisager l'acquittement pour cause de troubles mentaux d'une personne âgée de 83 ans qui poignarda, sans raison ni mobile apparent, sa femme dans le cou pendant son sommeil<sup>56</sup> et celui d'un homme de 35 ans accusé d'avoir tiré

---

54. *Washington v. Curry*, No. 99-1-02073 (Spokane County), en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=66](http://www.ssristories.com/show.php?item=66) ».

55. Cathy REDFERN, « Man found innocent of attempted murder », en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=508](http://www.ssristories.com/show.php?item=508) ».

56. *Washington v. Attwood*, No. 05-1-1891-1 (Thurston County). « 83-year-old found not guilty, freed in Wellbutrin case », en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=1337](http://www.ssristories.com/show.php?item=1337) » : « Eric Attwood, 83, stabbed his wife of 60 years in the neck last October, but his lawyers argued he was legally insane at the time because of a reaction to the anti-

plusieurs coups de feu en direction d'une station-service à la suite d'un banal argument avec un client. Dans les deux cas, l'accusé était sous médication et hors de lui-même. En ce qui concerne le second accusé, « he has been out of custody for a year now and it has been uneventful since he was taken off the medication ». Selon le procureur de la défense Ferry Meisner : « He had never been in trouble with the law before. His life returned to normal as soon as he was off the drug. I think this had the correct ending »<sup>57</sup>. Sans être un facteur déterminant en soi, il est évident qu'un comportement bizarre, impulsif et inhabituel a plus de chance d'être attribué à la folie qu'un acte planifié, réfléchi et motivé par des considérations économiques ou personnelles.

Traditionnellement associée à la présence d'un état psychotique, d'un trouble de la conscience ou d'une profonde désorganisation psychique, l'aliénation mentale (du latin *alienus* : « étranger à lui-même ») peut s'étendre également aux modifications comportementales qui découlent de la prise d'antidépresseurs, aux individus qui « éprouvent une sensation inhabituelle d'agitation, d'hostilité ou d'anxiété et qui ont des pensées impulsives ou violentes à l'égard de soi ou d'autrui »<sup>58</sup>. Le comportement d'un individu étant le fruit de l'interaction des fonctions fondamentales en vertu desquelles une personne « construit » son action, toute perturbation chimique de la cognition, de la mémoire, de l'apprentissage et des émotions peut entraîner l'adoption de comportements inattendus et inhabituels chez l'individu concerné. Pour être exonératoire, la modification comportementale doit être réelle, c'est-à-dire qu'elle doit avoir pour effet de perturber complètement le processus mental en fonction duquel l'individu oriente et dirige sa conduite, de sorte

---

depressant Wellbutrin ».

57. *Florida v. Larry J. Smith*, No. 2003 CF 016229 NC (Sarasota County). « Smith acquitted on insanity defense », en ligne : « [www.ssristories.com/show.php?item=776](http://www.ssristories.com/show.php?item=776) ».

58. « Santé Canada avertit les Canadiens de la présence de mises en garde plus vigoureuses concernant les ISRS et d'autres nouveaux antidépresseurs », en ligne : « [www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/advisories/avis/\\_2004/2004\\_31-fra.php](http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/advisories/avis/_2004/2004_31-fra.php) ».

que « l'homme soudain ne se reconnaît plus, comme rendu "étranger" à lui-même ».<sup>59</sup>

Malgré le changement de comportement observé chez certains usagers d'antidépresseurs, il arrive parfois – souvent même – que la défense d'aliénation mentale ne puisse être soulevée avec succès<sup>60</sup>. La responsabilité diminuée étant associée à la culpabilité pénale de l'individu (*mens rea*) – et non à sa culpabilité morale (responsabilité générale de l'individu) –, l'intention demeure généralement intacte malgré la modification comportementale du sujet<sup>61</sup>. Ainsi mis à part le dépôt

---

59. Dominique DE VILLEPIN, *Éloge des voleurs de feu*, Paris, Gallimard, 2003, p. 229.

60. Voir par exemple Dave WEDGE, Tom FARMER et Jose MARTINEZ, « Suspect was taking drugs for depression », en ligne : « [www.antidepressantsfacts.com/MichaelMcDermott.htm](http://www.antidepressantsfacts.com/MichaelMcDermott.htm) » :

« Insanity defenses rarely succeed. The so-called Prozac defense has been unsuccessfully attempted in dozens of murder cases nationwide, including in the case of Kip Kinkel, the teenager who killed his family and two schoolmates in Springfield, Ore. »

61. Voir par exemple The Associated Press, « Woman Who Blamed Mother's Death On Paxil Is Convicted Of Murder », en ligne :

« [www.antidepressantsfacts.com/2003-09-29-NewsChannel8-Cindy-Gail-Countess-paxil-killing.htm](http://www.antidepressantsfacts.com/2003-09-29-NewsChannel8-Cindy-Gail-Countess-paxil-killing.htm) » :

« A woman who claimed prescription antidepressants made her homicidal was convicted Monday of brutally stomping her mother to death in a bathroom scuffle in the middle of the night. [...]

Throughout the four-day bench trial, Countess did not dispute prosecutors' claims that she killed her mother, 82-year-old Edna Dooley, on May 3, 2002. In a rare defense, lawyers argued that Countess' prescription for the anti-depressant Paxil intoxicated her, turning her especially belligerent and unable to make thoughtful decisions. [...]

"At the time she was flogging her mother, maybe she wasn't planning on killing," Ekirch said. "But what other intent can you have when you begin stomping on her?" »

Voir également Jo REVILL, The Observer, « Robber cleared by drug defence – Charges dropped after report links Seroxat [Paxil] to threatening behaviour », [www.ssristories.com/show.php?item=416](http://www.ssristories.com/show.php?item=416); [www.guardian.co.uk/uk/2003/aug/10/drugsandalcohol.jorevill](http://www.guardian.co.uk/uk/2003/aug/10/drugsandalcohol.jorevill) :

« 'I'm a fairly timid guy,' he told The Observer last week. 'I had only been prescribed [Seroxat] because I suffered from anxiety and some depression. It seemed to destroy my conscience and my fear. I found myself walking out of the house with knives; I had every intention of killing peo-

d'accusations moins graves (p. ex. : homicide involontaire coupable au lieu de meurtre), les manifestations indésirables de type agitation ou hostilité n'ont pas ou peu d'incidence sur la culpabilité pénale de l'individu. Cette constatation, une fois admise, doit cependant être nuancée en matière de détermination de la peine. Celle-ci devant être proportionnelle à la gravité du crime et au degré de responsabilité du délinquant, les modifications comportementales observées chez certains usagers d'antidépresseurs auront un impact significatif sur la nature et le contenu de la peine envisagée (circonstance atténuante)<sup>62</sup>. Examinant la responsabilité d'une mère de famille qui a tenté d'empoisonner ses deux enfants au monoxyde de carbone, le juge Malcolm arriva à la conclusion que l'état mental de l'accusée au moment du crime avait « substantiellement contribué » aux infractions reprochées. En effet, « [t]he drug impaired her capacity for rational thought to such a degree that her responsibility for her actions was substantially diminished and her capacity for rational thought and action was gravely impaired.<sup>63</sup> » Résultat : une peine suspendue de deux ans d'emprisonnement fut imposée à la femme de 32 ans. Cette décision, il va de soi, n'est pas exceptionnelle. Elle s'inscrit dans le cadre de plusieurs autres jugements répertoriés au Canada et à l'étranger. Au Canada, tout d'abord, puisque nous avons retrouvé, dans les archives judiciaires, deux décisions reconnaissant formellement la désinhibition, l'agitation et l'hostilité comme circonstance atténuante dans la perpétration de certaines infractions comportant de la violence. Dans la première décision, *R. c. Paulhus*, l'accusé avait plaidé coupable à des voies de fait causant des lésions corporelles à la suite d'une sauvage agression sur un infirmier qui travaillait à l'Hôpital où l'individu était traité. D'après le psychiatre Louis Morissette :

---

ple. »

62. Voir sur ce point : *South Carolina v. Brooke Jewell*, No. 37608 (Charleston County); *Washington v. Corey F. Baadsgaard*, No. 01-1-00208-5 (Grant County); *Utah v. Leonard Preston Gall*, No. 011919226 (Salt Lake County); *U.S.A. v. Patrick Henry Stewart*, No. 8:06-CR-257-T-30MSS (Florida).
63. David DARRAGH, « Mum free after murder bid », en ligne : [www.ahrp.org/infomail/04/05/26.php](http://www.ahrp.org/infomail/04/05/26.php) .

[L]a colère qu'avait l'accusé à l'intérieur de lui s'est alors extériorisée de façon spectaculaire et sans retenue alors qu'il n'avait jamais agi de cette façon auparavant. Cette colère, par ailleurs, ne peut à elle seule expliquer sa désorganisation du 10 janvier et selon l'opinion formelle du psychiatre, la désinhibition comportementale présentée par l'accusé à compter du 6 janvier 2001 est liée à la prise de médicaments psychotropes. Selon le psychiatre, une telle réaction dite paradoxale s'observe occasionnellement chez des individus qui, au lieu d'être calmés par la prise des médicaments, deviennent de plus en plus désinhibés et agressifs.

Le docteur Morissette conclut que les comprimés accumulés par l'accusé et qu'il aurait pris dans une intention suicidaire, dans la nuit du 8 au 9 janvier, combinés aux médicaments qui continuaient à lui être administrés ont eu pour effet de l'intoxiquer et d'altérer son jugement.

Le psychiatre conclut qu'au moment de l'agression, l'accusé a agi de façon tout à fait différente de ce qu'il est habituellement comme individu, qu'il a agi de façon agressive sans provocation, d'une manière impulsive et que ses actions ont été le fruit d'une réaction paradoxale aux médicaments ingurgités.

Selon le docteur Morissette, si l'accusé n'avait pas pris ces produits, il n'aurait pas agi comme il l'a fait et n'aurait pas attaqué monsieur Daniel Bégin, à qui il n'avait rien à reprocher en particulier.<sup>64</sup>

Compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment du crime, le tribunal décida de lui accorder une absolution inconditionnelle. La seconde décision pertinente en semblable matière est l'arrêt *R. c. Voghel*. Statuant sur un appel formulé à l'encontre d'une décision de la Cour du Québec accordant une absolution conditionnelle à un individu qui avait plaidé coupable à des accusations de harcèlement, d'intimidation, de menaces sur les biens, de méfait et de bris de condition, le juge Bellevance rejeta l'appel et confirma la décision de première instance. Cette décision repose, en partie, sur l'opinion émise par le docteur

---

64. *R. c. Paulhus*, [2003] J.Q. No. 15420 (C.Q.), par. 13-16.

Morgolese, à l'effet que « tous les épisodes d'agressivité et d'irritabilité qui se sont passés étaient probablement dues au médicament Effexor. Il est, en effet, très probable que les épisodes d'agressivité de Monsieur Voghel aient été dus au médicament, premièrement parce que ce patient n'a jamais eu dans sa vie d'épisodes similaires, et aussi parce qu'après l'arrêt de ce médicament il n'a jamais eu d'autre épisode semblable. »<sup>65</sup> En augmentant l'hostilité et l'irritabilité chez certains usagers, les antidépresseurs peuvent être à l'origine d'actes aberrants, d'infractions n'ayant aucun rapport avec la personnalité du sujet. Envisagés sous l'angle de la responsabilité de délinquant, les antidépresseurs peuvent donc alléger la peine envisagée par le tribunal.

En ce qui concerne, par ailleurs, les décisions étrangères, celles-ci reconnaissent également l'impact de certaines manifestations indésirables sur la détermination de la peine. Pour s'en convaincre, citons le cas de Louise Wheldon, cette femme de 34 ans qui a poignardé un homme à la suite d'un argument<sup>66</sup> et celui

---

65. R. c. *Voghel*, [2004] J.Q. No. 7376 (C.S.), par. 26.

66. Angela M. WALKER, « Rx : Take Two of these and Sue me in the Morning ;The Emergency of Litigation Regarding Psychotropic Medication in the United States and Europe », (2002) 19-2 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 796-797 :

« The High Court of Edinburgh, Scotland, as of February 14, 2002, is determining the sentence of Louise Wheldon, a thirty-four year old Claremont Court, Edinburgh, woman who is charged with attempted murder after stabbing a man outside of a pub on October 19, 1999. Wheldon had been taking Prozac for four years, and claims that she was never warned about the side effects of the antidepressant. She was unaware that Prozac should not be mixed with alcohol, that for some users it can be addictive, or that it purportedly may cause violent behavior. Like Christopher DeAngelo, Louise Wheldon has no prior history of violent behavior, and she also claims to have suffered from an adverse reaction caused by the combination of Prozac and another substance (alcohol). A psychiatrist testifying on behalf of Louise Wheldon asked the court to consider the fact that violent behavior is a known potential side effect of Prozac, and that Wheldon was unaware of this effect when she took the drug. Although a prison sentence is normally automatic for a defendant found guilty of attempted murder, the judge presiding over this case has



de Robert Crerar, un retraité de 67 ans, qui a asséné plus de 47 coups de couteau à sa femme avant de lui trancher la gorge<sup>67</sup>. Dans les deux cas, l'acte commis était, selon la cour, impulsif et hors de caractère<sup>68</sup>. Ces symptômes ayant été précipités par la prise d'antidépresseurs, des peines moins sévères furent infligées dans les deux dossiers.

### **3. Les troubles du sommeil**

Contrairement à l'agitation et à l'hostilité qui affectent le comportement de l'individu sans altérer sa conscience, les troubles du sommeil induit par une substance « comportent une perturbation du sommeil résultant de l'utilisation ou de l'arrêt

---

publicly stated that she is prepared to consider community service as an alternative.»

67. *Texas v. Robert Crerar*, No. 12521 (Bastrop County). Molly BLOOM, « Bastrop man gets probation in wife's killing », en ligne : <http://ssristories.com/show.php?item=1783> :

« "I feel it's out of character for me to do something like that," he wrote in his confession. "I ask myself over and over again why did I do something like that and I can't answer that question." But his lawyers say a doctor's decision to increase Crerar's dosage of Cymbalta four days before the murder pushed him to try to kill himself. Crerar tried unsuccessfully to hang himself the day before the murder and kill his wife. Investigators also found other prescribed drugs, including the sleep aids Rozerem, Ambien and Lunesta, in the Crerars' house. But when Crerar began taking antidepressants after the death of his older brother in August, he changed, neighbors said. Crerar, a friendly man who delivered firewood to those in need during the winter and donated most of his vegetable garden's bounty to his church's food pantry, became withdrawn and sometimes hallucinated, according to court records.

"I looked up to him and when he started taking that medicine . . . it really messed him up," Smith wrote.

Dolores Crerar's only living blood relative, son Rick Harman, didn't oppose the sentence. "He needs help, but I don't believe he deserves to go to jail," Harman wrote in a letter to the court. "It is just not right that he should be punished any more for something he had no control over." »

68. Voir également Mark REITER, « Sylvania Township man sentenced in stabbing - He blames medicine in attack on his wife », en ligne : <http://www.antidepressantsfacts.com/2004-02-22-William-J-Heck-35-paxil-seroxat.htm> .

récent de l'utilisation d'une substance »<sup>69</sup>. La conscience de l'individu étant éclipsee au cours de ces épisodes, une défense d'automatisme est à envisager.

Dérivé du mot grec *automatos* « qui agit de son propre mouvement », l'automatisme désigne l'ensemble des mouvements qui s'opèrent en nous sans que notre volonté y participe. En droit « [traduction] [l']automatisme signifie un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté de l'agent. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait.<sup>70</sup> » Pour un exemple d'infraction commise au cours du sommeil, citons le cas de Brian Thomas, un Britannique de 59 ans, qui étrangla sa femme pendant un cauchemar parce qu'il croyait qu'il était attaqué par un intrus. D'après la preuve soumise au procès :

Mr. Thomas regularly took anti-depressant drugs which made him impotent, and he had stopped doing so before the holiday as the couple, who slept in separate bedrooms at home, wanted to be "intimate". Medical experts said the sudden withdrawal of the drugs could have led to him having very vivid dreams. The court was told the couple had been asleep in their camper van in a pub car park when they were disturbed by youths in cars performing wheel spins and so moved elsewhere. However, Mr. Thomas then had a dream one of the youths had broken into the van and later woke to find himself next to his wife's body, at which point he called the police. High Court Judge Justice Davis told Mr. Thomas, who had been in custody since January, that in the eyes of the law he bore no responsibility for what he had done and said he was a "decent man and devoted husband". Mr. Thomas's brother Raymond Thomas said the death and court case had been very distressing. "They were a loving couple and always like that together," he said. "He has always been a loving

---

69. DSM-IV-TR, *supra* note 22, p. 691.

70. R. c. K., (1971) 3 C.C.C. (2d) 84 (C.A. Ont.), cité dans *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, 518.

husband and a family man. This was a tragic, tragic episode and we are all very emotional.”<sup>71</sup>

Loin d'être confinée aux troubles du sommeil, la défense d'automatisme fut également acceptée dans le cadre d'une accusation de conduite dangereuse portée à l'endroit d'un camionneur souffrant de troubles de la conscience au moment du crime. Le comportement de l'individu étant inapproprié, bizarre et complètement étranger à ses habitudes, le juge attribua la conduite de ce dernier à la combinaison possible d'une crise d'épilepsie et des effets secondaires découlant de la prise d'Effexor. L'acte ayant été commis à l'insu de la conscience de l'individu, un doute raisonnable subsistait sur la présence de l'*actus reus* de l'infraction.<sup>72</sup>

Traditionnellement rattaché à l'« absence de conscience », l'automatisme renvoie désormais à « un état de conscience dimi-

---

71. “Britton who strangled wife in his sleep walks free”, en ligne : <http://www.ssristories.com/show.php?item=3775> ; <http://www.guaradian.co.uk/uk/2009/nov/20/brian-thomas-dream-strangler-tragedy> .

72. R. c. Bueckert, [2007] M.J. No. 500 (Prov.Ct.), par. 59-61 :  
« Police evidence was that the driver they pulled out of the vehicle that had crashed in the field appeared dazed. To his wife seeing him initially at the hospital after the crash he appeared to be confused. He behaved somewhat bizarrely in the few weeks between the incident and the seizure which hospitalized him again and led to his diagnosis of epilepsy. His family physician corroborates both this diagnosis and the possible side effects of the effexor anti-depressant medication which had been prescribed.  
Mr. Bueckert was a 33 year old professional long haul truck driver dependent on his driver's license for his livelihood and not a sixteen year old with a new license out for a joy ride. There was no suggestion that he had any driving history of concern prior to the incident. There is also clearly no motive for what can only be characterized as a bizarre incident which fortunately for Mr. Bueckert and those drivers in his vicinity that particular evening did not end in the tragedy that could easily have ensued.  
Mr. Bueckert has thus also met the persuasive burden here and has satisfied me that it is more probable than not that his actions that would ordinarily constitute the *actus reus* of both of the offences that he faces, driving dangerously and fleeing the police were not conscious volitional acts. The *actus reus* of the offences not having been proved, Mr. Bueckert is entitled to a finding of not guilty on these charges ».

nuée »<sup>73</sup>. Cette précision terminologique, que plusieurs percevaient à l'époque comme laissant présager un élargissement conceptuel du moyen de défense, doit cependant être lue à la lumière d'un second facteur tout aussi important: l'acte volontaire au point de vue physique. Aussi, malgré son rattachement à la conscience de l'individu « c'est le caractère volontaire, et non la conscience, qui constitue l'élément juridique principal du comportement automatique, puisqu'une défense d'automatisme revient à nier l'existence de la composante de l'*actus reus*, qu'est le caractère volontaire [au point de vue physique] »<sup>74</sup>. Cette précision, une fois comprise, empêche l'application de la défense d'automatisme aux pathologies qui, sans affecter la capacité de l'individu de contrôler physiquement son action, entraînent une désinhibition du sujet. On n'a qu'à penser aux affections qui altèrent la capacité de l'accusé d'utiliser ses freins comportementaux afin de neutraliser son agressivité. Cette hypothèse, qui trouble encore aujourd'hui l'esprit de ceux qui s'y intéressent, fut examinée dernièrement par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Hotte c. La Reine*.<sup>75</sup> Discutant de la responsabilité d'une personne souffrant d'une dépression majeure d'intensité modérée accusée du meurtre de son ancienne petite amie, le juge Doyon rejeta l'appel sur la base de sa capacité de contrôler physiquement son action :

J'estime qu'en l'espèce le témoignage de l'appelant de même que celui du psychiatre Morissette ne permettent aucunement de croire qu'il y ait eu automatisme, au sens de la jurisprudence, pendant la poursuite automobile et l'homicide de même que lors des tentatives de meurtre.

Il m'apparaît nécessaire, pour démontrer cette absence de preuve, de reprendre certains passages du témoignage du Dr Morissette.

Ainsi, il déclare que l'appelant n'était aucunement dans un état psychotique, c'est-à-dire en perte de contact avec la réalité. Au contraire, bien que la maladie dépressive d'intensité modérée ait pu altérer son jugement et sa capacité d'évaluer une situation, l'appelant savait qu'il

73. R. c. Stone, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 156.

74. Id., par. 170.

75. *Hotte c. La Reine*, [2005] J.Q. No 8204 (C.A.) (QL/LN).

conduisait, qu'il avait une arme dans la main, et qu'en tirant avec celle-ci il pouvait causer la mort. En fait, si la capacité d'évaluer une situation était affectée et diminuée, elle existait néanmoins.

Ce qu'explique l'expert psychiatre c'est que, vivant un épisode de rejet, la maladie dépressive de l'appelant est venue interférer avec sa capacité « d'utiliser ses freins comportementaux usuels ». Il a alors fait preuve d'impulsivité.

Le psychiatre ajoute qu'au moment des événements l'appelant était conscient, éveillé, en état de vigilance.

Il affirme qu'au moment du drame, « il y avait une charge agressive importante » et l'appelant vivait des « émotions très agressives » envers M<sup>me</sup> Gingras. Colère et rage étaient au rendez-vous. En fait, selon l'expert, la victime était, aux yeux de l'appelant, la source de ses malheurs.

Si la maladie dépressive a pu altérer les freins comportementaux et les inhibitions de l'appelant, le psychiatre précise que :

L'intensité de la maladie dépressive de M. Hotte ne vient pas enlever totalement le contrôle qu'il a, l'enlève partiellement (...) (Je souligne)  
[...]

Dans ces circonstances, l'on peut difficilement conclure qu'il y a une preuve de comportement automatique. À mon avis, ce témoignage est plutôt compatible avec une perte de contrôle, qui, vu la maladie, sans toutefois constituer un automatisme, aurait peut-être pu diminuer la responsabilité criminelle, tel que l'a plaidée l'appelant tant en première instance que devant nous. C'est la théorie que le premier juge a exposée aux jurés; toutefois, elle n'a pas suscité un doute raisonnable dans leur esprit.<sup>76</sup>

Si la défense d'automatisme ne peut être « dissociée » complètement de son ancienne appartenance à la notion d'inconscience, cette « absence de conscience » - ou « diminution de la conscience » pour être plus juste -, renvoie à une approche très élémentaire de la conscience en tant que « connaissance d'une présence à soi et au monde extérieur ». Résultat : l'être qui « se

---

76. Hotte c. La Reine, [2005] J.Q. No. 8204, par. 155-163 (C.A.) (QL/LN).

sait exister » et qui « sait qu'il existe autour de lui un monde indépendant de lui » est matériellement imputable de ses actes. La conscience juridique doit donc être envisagée dans ce retour sur soi, dans cette réflexivité de la conscience qui permet à l'individu d'orienter physiquement son action. De là l'irresponsabilité pénale de l'individu qui, tout en étant capable d'agir, ne sait pas « qu'il est » au moment du crime (p. ex.: somnambulisme). Cette interprétation, il va de soi, s'oppose à l'utilisation de l'approche freudienne de la vie psychique en tant que principe permettant d'excuser des actions aberrantes pour la conscience (actions qui n'ont pas de rapport avec la personnalité du sujet). Bref, elle ferme la porte aux états mentaux qui entraînent la commission d'actes criminels inexplicables et inappropriés, de comportements incohérents et incompréhensibles, ainsi qu'aux pathologies entraînant une désinhibition de l'action.

Considéré du point de vue de sa finalité et de sa raison d'être, l'automatisme devrait donc être limité aux états qui entraînent une diminution de la conscience motrice et volitive de l'individu au moment du crime (p. ex. : troubles du sommeil : cauchemars, somnambulisme, etc.). Quant aux autres manifestations indésirables pouvant être observées chez certains usagers d'antidépresseurs (akathisie, agitation, désinhibition, émoussement émotionnel, hostilité, agressivité, impulsivité), bien que ces symptômes puissent altérer le jugement de l'individu et « interférer avec sa capacité d'utiliser ses freins comportementaux », elles n'enlèvent pas totalement le contrôle physique de l'individu sur son action, ni ne détruisent l'acte volontaire au point de vue physique. Bref, il ne s'agit pas d'automatisme, mais bien d'aliénation mentale ou d'une circonstance atténuante.

#### **4. Les autres troubles incapacitants (manie, démence et delirium)**

L'apparition de symptômes maniaques chez certains usagers d'antidépresseurs peut, lorsque les manifestations indésirables interfèrent avec la capacité de l'individu de juger de façon

rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte, donner lieu à un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. C'est du moins ce que reconnaît le juge Arnold, de la Cour supérieure du Connecticut, au moment d'acquitter un agent d'assurance accusé d'avoir cambriolé une institution bancaire alors qu'il était dans un épisode maniaque induit par une substance. En effet :

Superior Court Judge Richard Arnold ruled that the 28-year-old agent, Christopher DeAngelo, "was unable to appreciate the wrongfulness of his conduct or to control his conduct" when he robbed a bank in Derby, Conn., in December 1997.

The judge cited the opinions of three psychiatrists who evaluated DeAngelo and found that his sanity was affected by the antidepressant Prozac and Xanax. He was prescribed the drugs to treat a manic condition.

DeAngelo had a "squeaky clean" record before he started taking Prozac and Xanax, defense attorney John Williams told the Hartford Courant newspaper.

DeAngelo was prescribed the two drugs by his doctor in July 1997 and went on a robbery spree of a department store, a gas station and two banks the following November and December.

[...]

One of the psychiatrists who analyzed DeAngelo was Dr. Peter Breggin, the author of *Talking Back to Prozac*, a critical 1994 book about Prozac.

Breggin told the court that Prozac and Xanax can cause "out-of-character, irrational, senseless, impulsive, bizarre and destructive behavior."

A Harvard Medical School psychiatrist who examined DeAngelo for the state, Dr. Carl Salzman, reported that the development of a manic syndrome, in which judgment is impaired, is "highly consistent with giving 40 or 60 mg. of Prozac to a person with a strong family history of bipolar disorder."<sup>77</sup>

---

77. *State v. DeAngelo*, CR 97 018766S (Milford, CT). Jeff SWIATEK, *The Indianapolis Star*, « Successful "Prozac Defense" is Thought to be the First »,

Ici, l'individu « sait ce qu'il fait ». Il sait qu'il est dans un magasin, dans une station-service ou dans une banque en train de dérober des objets qui ne lui appartiennent pas, mais son jugement est altéré au point où celui-ci l'empêche d'intégrer sa connaissance théorique dans un contexte impliquant un jugement appréciatif de sa conduite au point de vue social et légal. L'incapacité d'«apprécier le caractère mauvais de son acte» ayant été prouvée par prépondérance de preuve, un verdict d'acquiescement pour cause de troubles mentaux s'imposait dans les circonstances. Ce cas n'est pas sans analogie avec celui de Michelle Francoeur, cette enseignante de la Saskatchewan qui fut accusée d'avoir eu des contacts sexuels avec un ancien étudiant âgé de 15 ans. Diagnostiquée comme souffrant de dépression, l'accusée était plutôt aux prises avec des troubles bipolaires qui, une fois jumelés à l'Effexor, ont entraîné l'exacerbation de ses symptômes maniaques. Incapable de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de ses actes, l'accusée fut déclarée non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux<sup>78</sup>. Les dangers liés à

---

en ligne : « [www.antidepressantsfacts.com/1997-12-Chris-DeAngelo-28-robbery-spree.htm](http://www.antidepressantsfacts.com/1997-12-Chris-DeAngelo-28-robbery-spree.htm) ».

78. [décision non rapportée]. Lori COOLICAN, *Teacher found not criminally responsible for sex with teenstudent*, en ligne : « <http://www.vancouver-sun.com/news/Teacher+found+criminally+responsible+with+teen+st> » : « Family and supporters of a teacher from Shell Lake, Sask., sighed with relief in a Saskatoon courtroom Friday after a judge declared her not criminally responsible, due to mental illness, for a sexual relationship with a 15-year-old former student. Michelle Francoeur was in an extreme "manic state" and lacked the capacity to make rational decisions when she agreed to have sex with the teen boy on several occasions between Sept. 1 and Nov. 20, 2008, Queen's Bench Justice Duane Koch found. "The criminal law does not want to punish people who were suffering a mental disorder at the time of the act," Crown prosecutor Mitch Piche said outside court. Francoeur was charged with sexual touching, sexual exploitation and sexual assault against the teen, whose identity is protected by a publication ban, after RCMP received a complaint in December 2008. She was suspended from her job at the Shell Lake school while the case was before the court.



la présence de troubles bipolaires et à l'utilisation d'antidépresseurs ont également été soulignés lors du procès d'Anna Tang, cette étudiante du M.I.T. qui fut accusée de tentative de meurtre après avoir poignardé son petit ami. La prise d'antidépresseurs ayant profondément modifiée son comportement, le juge Henry, de la Cour supérieure du Middlesex, Massachusetts, arriva à la conclusion que l'accusée «lacked the substantial capacity to conform her actions to the requirements of the law and that she lacked the capacity to appreciate the wrongfulness of her actions<sup>79</sup>». Résultat : L'accusée fut déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale. En ce qui concerne les épisodes maniaques qui n'entraînent pas ce type d'incapacité, ceux-ci peuvent être pris en compte au point de vue de la détermination de la culpabilité et de la peine.

En ce qui touche, par ailleurs, la démence et le *délirium*, ces maladies étant fortement incapacitantes, un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est à privilégier (automatisme démentiel pour le *délirium* et aliénation mentale pour la démence). Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la maladie ne supprime pas la conscience de l'agent ou sa capacité de savoir que l'acte était mauvais, l'imputabilité demeure, mais la peine devra refléter l'ampleur des symptômes observés

---

According to a statement of facts agreed upon by the Crown and defence, during the summer of 2008 Francoeur was mistakenly diagnosed with major depression and prescribed an anti-depressant drug known as Effexor. During the next few months, she underwent a radical change.

Francoeur actually has bipolar disorder rather than depression — and Effexor is known to escalate the "manic" phase experienced by people with bipolarism, which is characterized by extreme feelings of elation, euphoria, racing thoughts, inability to sleep and difficulty appreciating consequences, court heard.

Although she had previously been a very light drinker, Francoeur started using alcohol excessively, Piche told court. She spent money in careless ways, went days without sleep and ate irregularly, losing significant amounts of weight. She talked excessively and took uncharacteristic shortcuts in caring for her daughters, who were five and seven years old.»

79. John A. HAWKINSON, *Anna Tang finished with court, now a free woman*, en ligne : « <http://tech.mit.edu/V131/N3/annatang.html> ». [décision non rapportée]

chez l'individu au moment du crime. Sur ce point, citons le cas de David Hawkins, cet homme de 76 ans qui a étranglé sa femme après avoir pris cinq fois la dose recommandée de Zoloft. D'après le rapport des événements :

Justice Barry O'Keefe says the case is a tragic reminder of the possible, even dangerous, detrimental side-effects of the drug. David Hawkins, 76, of the southern New South Wales' town of Tumbarumba, strangled his wife of 50 years in August 1999, after a night in which he took five times the recommended dose of Zoloft. He gave himself up to police almost immediately and was found by psychiatrists to have been in a drug induced toxic delirium at the time, suffering hallucinations and psychosis. He pleaded guilty to manslaughter on the grounds of diminished responsibility. Passing sentence, Justice O'Keefe found but for taking the Zoloft, Mr Hawkins would not have killed his wife. He sentenced him to three years' jail, but ordered he be freed on parole on July 31, this year.<sup>80</sup>

Le plaidoyer de culpabilité à un homicide involontaire coupable étant motivé par l'utilisation abusive des doses recommandées de Zoloft, nous croyons qu'un verdict d'aliénation mentale aurait pu être envisagé dans ce dossier, n'eût été la faute contributive de l'accusé.

### **TROISIÈME SECTION : Critiques et recommandations**

Des commentaires qui précèdent, nous sommes amenés à conclure que les dispositions actuelles en matière d'aliénation mentale et de détermination de la peine sont plutôt bien adaptées à la nouvelle réalité que constituent les antidépresseurs. En matière d'aliénation mentale, tout d'abord, puisque l'individu qui n'est pas capable de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de son acte

---

80. *Regina v. Hawkins*, No. [2001] NSWSC 420 (New South Wales, Australia). [www.stopr.org/pages/Legal.html](http://www.stopr.org/pages/Legal.html); [www.ssristories.com/show.php?Item=1921](http://www.ssristories.com/show.php?Item=1921).

n'est pas responsable de ses actes. L'aliénation mentale étant un concept évolutif, son profil s'adapte plutôt bien aux symptômes observés chez certains usagers d'antidépresseurs. Les difficultés entourant l'intégration de ces manifestations indésirables dans le champ de l'anormalité psychique se situent donc davantage au niveau de la preuve que des principes. Aussi, comme la folie n'est pas toujours synonyme d'incapacité, il arrive parfois, souvent même, que ces symptômes ne soient pas assez sévères pour entraîner l'irresponsabilité pénale de l'agent. Dans ce cas, le regard de la justice pénale devra se tourner vers la seconde considération impliquée dans l'évaluation de la responsabilité pénale d'un individu : la culpabilité. Le principe en semblable matière est donc simple et bien arrêté : si en raison d'un trouble mental, la raison de l'agent disparaît, il n'y a pas d'*imputabilité*. Si, par contre, les facultés ne sont pas détruites, mais simplement détournées de leur bon usage par les symptômes de la maladie, l'imputabilité demeure, mais la *culpabilité* pourra s'effacer suivant la nature de la faute impliquée et le degré d'altération des facultés observé. L'absence d'aliénation mentale au sens de l'article 16 du Code ne liquide donc pas automatiquement la question des troubles mentaux. Au contraire, le ministère public ayant toujours l'obligation de prouver l'élément psychologique de l'infraction hors de tout doute raisonnable, le jury devra alors considérer l'impact des troubles mentaux sur l'existence de l'élément de faute requis aux termes de l'infraction (*mens rea*). La faute étant simple en genre, mais double en espèce : l'impact de ces troubles mentaux devra être envisagé selon que la faute invoquée est subjective ou objective, le cas échéant.

La faute est subjective. Il s'agira alors de plonger dans l'esprit de l'accusé, de remonter, comme à contre-courant, la courbe subjective à la base de ses actions. En s'interrogeant sur ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé au moment du crime, le juge des faits doit retracer l'élément de faute prévu au terme de l'infraction; bref, il doit rechercher ce qui, dans les gestes, les actes ou les paroles de l'accusé, trahit la présence d'une intention, d'une insouciance ou d'une forme quelconque de connaissance. Dans la mesure où il s'agit d'enquêter sur l'état d'esprit de l'accusé au

moment du crime, et uniquement sur lui, toutes les considérations ayant empêché, ou gêné, la formation de l'élément de faute devront être prises en compte par le jury au moment d'évaluer la culpabilité psychologique de l'offenseur. Ce pouvoir appréciateur du juge des faits ne relève pas, contrairement à ce que l'on pourrait croire généralement, de la reconnaissance implicite d'une certaine forme de « responsabilité diminuée », mais de l'obligation du ministère public d'établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Comme l'indique le juge Fish dans l'arrêt *R. c. Allard* <sup>81</sup>:

Clearly, on a charge of first degree murder, evidence of mental condition, even if it is adduced to support a defence of insanity, cannot be disregarded merely because the defence of insanity fails. Though insufficient to bring the accused within s. 16 of the Code, the evidence may yet be adequate to raise a reasonable doubt whether, in fact, he or she intended to commit murder.<sup>82</sup>

---

81. *R. c. Allard*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 397 (C.A. Qué.).

82. *R. c. Allard*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 397 (C.A. Qué.). Voir également *Mongeon c. R.*, [2005] J.Q. No. 12202, par. 84, 88 (C.A.) (QL/LN) :

« L'appelant reconnaît que le juge a correctement indiqué au jury que s'ils en venaient à la conclusion que la preuve de troubles mentaux ne justifiait pas un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause d'aliénation mentale, cette preuve était tout de même pertinente afin de déterminer l'intention de l'accusé au moment de la commission de l'infraction pour décider s'il s'agissait d'un meurtre au premier degré, d'un meurtre au deuxième degré ou d'un homicide involontaire coupable. Il n'existe pas d'obligation pour le juge de répéter la preuve de troubles mentaux à chaque question en litige; il suffit que, dans leur ensemble, les directives du juge fassent comprendre au jury que la preuve des troubles mentaux de l'accusé doit être examinée à chacune des questions en litige (*Jacquard*, précité, pages 325 à 340). En l'espèce, j'estime que les directives du juge permettaient au jury de bien comprendre que la défense de troubles mentaux devait s'appliquer à toutes les questions en litige. Il a notamment expliqué aux jurés que, s'ils rejetaient la défense d'aliénation mentale, ils devaient néanmoins utiliser cette preuve pour déterminer si l'accusé avait l'intention requise pour commettre le meurtre, l'agression sexuelle et la séquestration. »

Voir enfin *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 20 :

« Je juge cette position trop exigeante. Même si je devais conclure que le jury aurait pu, au départ, avoir l'impression que la preuve des troubles

Bien qu'énoncé dans le cadre d'une poursuite pour meurtre, l'impact des troubles mentaux sur la formation de l'élément de faute doit être élargi à toutes les infractions dont le contenu psychologique peut être remis en question par la présence d'un trouble mental non exonératoire<sup>83</sup>.

- 
- mentaux n'était pas pertinente relativement à la question de l'intention, les commentaires subséquents du juge du procès ont fait disparaître toute prétendue incertitude. Il faut examiner l'exposé au jury au complet. Le juge du procès a clairement indiqué au jury, avant ses délibérations, que l'intention pouvait être neutralisée par la preuve des troubles mentaux de l'accusé. Je ne vois donc pas comment il peut avoir donné une directive erronée. Même si cette partie de l'exposé n'était peut-être pas parfaite, elle était certainement juste et équitable. »
83. Voir sur ce point les commentaires du juge Doyon dans l'arrêt *Hotte c. La Reine*, [2005] J.Q. No. 8204, par. 177 à 187 (C.A.) (QL/LN) :
- « Mon collègue écrit que le juge a erré parce qu'il n'a pas dit au jury de tenir compte du fait que l'appelant souffrait d'une dépression majeure d'intensité modérée au moment de se demander si l'appelant savait, lors de l'homicide, qu'il harcelait la victime.
- Il est admis que l'appelant pouvait être reconnu coupable de meurtre au premier degré si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il avait l'intention de tuer la victime et que le meurtre était prémédité et accompli de propos délibéré ou encore qu'il avait perpétré le meurtre en commettant un harcèlement criminel alors qu'il avait l'intention de faire craindre à la victime pour sa sécurité.
- Le juge explique d'abord au jury que s'il a un doute raisonnable sur l'intention de tuer, il doit acquitter l'appelant de l'accusation de meurtre. Or, à l'égard de cette intention de tuer, il explique bien en quoi le témoignage de l'appelant et celui des psychiatres de même que l'ensemble de la preuve peuvent soulever un tel doute. Par conséquent, la question du harcèlement ne devient pertinente que si le jury conclut, hors de tout doute raisonnable, que l'appelant avait véritablement formé l'intention de tuer (et en avait donc nécessairement, en l'espèce, la capacité).
- Après s'être attardé sur la préméditation et le propos délibéré, il aborde le harcèlement criminel :
- (...) vous pouvez le déclarer coupable de meurtre au premier degré, si vous êtes d'avis hors de tout doute raisonnable que le meurtre a eu lieu en commettant - et remarquez bien ces mots - en commettant l'infraction de harcèlement criminel alors que l'accusé avait l'intention de faire craindre à la victime pour sa sécurité. (Je souligne)
- Il fait ensuite lecture de l'art. 264 C.cr. avant de résumer ainsi la question de la *mens rea* :

En ce qui concerne, par ailleurs, la responsabilité objective (p. ex. négligence criminelle et infractions de négligence pénale),

---

Pour réussir à prouver le harcèlement criminel, la poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable les cinq éléments suivants. Un, que l'accusé a intentionnellement commis un des actes prévus à l'article 264.2. (...) Troisième élément, que l'accusé savait que la personne en question se sentait harcelée ou ne s'en souciait pas ou l'ignorait volontairement. (...) (Je souligne.)

Il faut rappeler que le juge a insisté lors de ses directives sur l'impact de la dépression à l'égard de l'intention de tuer. Par conséquent, si le jury s'est interrogé sur la question du harcèlement, c'est qu'il avait déjà convenu que l'appelant avait formé l'intention spécifique de tuer la victime, nonobstant la défense de responsabilité diminuée causée par la maladie.

Il est vrai qu'il eut été préférable d'insister sur l'impact possible de la dépression sur la *mens rea* du harcèlement. Par contre, cela n'aurait rien changé : était-il plausible, eu égard aux circonstances de cette affaire, que, tout en ayant eu l'intention spécifique de tuer, l'appelant n'ait pas su, à cause de sa maladie, que la victime se sentait harcelée par ses agissements hors du commun? Je ne le crois pas.

Mais il y a plus.

En rapport avec l'intention de harceler, le juge ajoute :

(...) Si vous acceptez cette partie de son témoignage ou si vous avez un doute raisonnable à cet égard, il n'y avait pas de harcèlement criminel, parce que l'intention de harceler est un élément essentiel de l'infraction de harcèlement criminel, tout comme il est un élément essentiel de l'infraction de meurtre.

Si vous n'avez pas de doute que l'accusé agissait intentionnellement, vous avez à considérer si son comportement, en frappant le véhicule de madame Gélinas, si vous êtes d'avis que ces contacts aient eu lieu, en tirant ou en tirant son arme en sa direction, constitue un comportement menaçant qui avait pour effet de lui faire raisonnablement craindre pour sa sécurité. Finalement, décidez si, d'après la preuve de l'appel 9-1-1, incluant la voix et les paroles prononcées par madame Gélinas, vous pouvez conclure hors de tout doute raisonnable qu'elle craignait véritablement pour sa sécurité. (Je souligne.)

À mon avis, en précisant spécifiquement que l'intention est un élément essentiel du harcèlement criminel tout comme elle est un élément essentiel du meurtre, le juge renvoie directement le jury à ses directives portant sur la dépression en rapport avec l'intention de tuer. Autrement dit, le jury était clairement informé qu'il devait, en examinant la question de l'intention (que ce soit celle de harceler ou celle de tuer), prendre en compte la maladie dépressive dont souffrait l'appelant.

Dans ces circonstances, malgré certaines faiblesses, les directives étaient appropriées.»

celle-ci étant rattachée à l'absence d'un état mental de diligence (« omission d'envisager [ou d'éviter] un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte »<sup>84</sup>), sa constatation suppose un niveau de capacité dont l'existence peut être contrariée par la présence de certaines formes de troubles mentaux non exonératoires. En effet, selon la juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Creighton*<sup>85</sup>, « la règle d'une norme minimale uniforme pour les crimes auxquels s'applique un critère objectif ne connaît qu'une seule exception : l'incapacité à apprécier [ou à éviter] les risques reliés à une activité ». Qu'entend-on par l'expression « capacité de reconnaître et d'éviter le risque que comporte l'activité en question »? Vise-t-elle uniquement la capacité abstraite de l'individu d'entrevoir un risque relié à l'activité pratiquée? Ou vise-t-elle, au contraire, la capacité d'appliquer concrètement cette connaissance dans le cadre des circonstances de l'affaire? Compte tenu de la subsocialité qui caractérise la responsabilité normative, nous sommes amenés naturellement à choisir la seconde option. L'accusé doit non seulement avoir la capacité intellectuelle d'*apprécier* le risque inhérent à son activité (connaissance théorique stricte), mais également la capacité fonctionnelle d'*appliquer* cette connaissance dans le cadre de l'activité pratiquée; bref à éviter le risque. Après tout, une personne peut être intellectuellement capable de percevoir un risque tout en étant incapable, en raison de troubles physiques, psychiques ou neuropsychiques (déficit important au plan de l'évaluation d'une situation, difficulté de traiter l'information de façon adéquate, impulsivité face à des situations de stress intense, etc.) d'appliquer cette connaissance au moment de l'infraction. D'un point de vue purement *cognitif*, cette personne est capable d'« apprécier » les risques que comporte l'activité en question, mais incapable, d'un point de vue *intellectuel, psychologique ou émotif*, d'appliquer cette connaissance de manière à « éviter » le risque en question. Résultat : cette personne est irresponsable, car elle est incapable « d'agir autrement ».

---

84. *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, 58. *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 8.

85. *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, 58. *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 40.

En ce qui concerne, finalement, la peine, encore une fois, le droit semble plutôt bien adapté aux modifications comportementales que l'on rencontre chez certains usagers d'antidépresseurs. La peine devant être proportionnelle à la gravité du crime et au degré de responsabilité du délinquant, les manifestations indésirables observées chez certaines personnes faisant l'usage d'antidépresseurs et ayant commis un crime en cours de traitement ou de sevrage entraîneront inévitablement une diminution importante de la peine<sup>86</sup>. Ce constat doit toutefois être nuancé en matière de meurtre où le condamné doit purger un minimum de dix ans d'emprisonnement avant d'être éligible à la libération conditionnelle. L'établissement d'un plancher minimum prévu par la loi empêche donc, à notre avis, le tribunal de tenir compte pleinement de la réalité psychologique de certaines personnes ayant commis un crime alors qu'elles étaient sous l'emprise de manifestations indésirables initiée par l'usage d'antidépresseurs. L'homicide coupable qui autrement serait un meurtre devant être réduit à un homicide involontaire coupable en matière de provocation, il est difficile de voir comment une personne qui a intentionnellement tué un autre être humain alors que son comportement était profondément altéré par la prise d'antidépresseurs ne devrait pas bénéficier du même traitement. Cette conclusion n'a rien d'exceptionnel! L'Angleterre, par exemple, à l'article 2 de la *Loi sur les homicides*, reconnaît déjà la « responsabilité diminuée » de certaines personnes souffrant de troubles mentaux non exonératoires au moment du crime. D'après cette disposition :

---

86. Voir par exemple *R. c. Labonté*, [2004] J.Q. No. 13167, par 30 (C.Q.) : « Quant au degré de responsabilité de Mme Labonté, il est incontestable qu'il est atténué par l'état dans lequel elle se trouvait le 3 septembre 2003. Elle n'était pas en pleine possession de ses facultés, tout en n'ayant pas perdu contact avec la réalité selon le psychiatre. Bien que son intoxication médicamenteuse soit volontaire, rien dans la preuve n'indique que Mme Labonté pouvait se douter que le mélange de ces médicaments puisse produire de tels effets. Elle prenait en effet du Rivotril et de l'Effexor depuis plusieurs mois sans que cela ne l'empêche de vaquer à ses activités quotidiennes. Son degré de responsabilité ne peut donc, de ce chef, être comparé à celui de ceux qui sont condamnés pour avoir secoué leur bébé ou pour l'avoir frappé. »



Where a person kills or is a party to the killing of another, he shall not be convicted of murder if he was suffering from such abnormality of mind (whether arising from a condition of arrested or retarded development of mind or any inherent causes or induced by disease or injury) as substantially impaired his mental responsibility for his acts and omissions in doing or being a party to the killing. [...] A person who but for this section would be liable, whether as principal or accessory, to be convicted of murder shall be liable instead of manslaughter. »

La peine dans les autres infractions pouvant être modulée en fonction de la responsabilité morale du délinquant – responsabilité qui tient compte des troubles psychiques de l'individu au moment du crime —, cette disposition devrait s'appliquer uniquement en matière de meurtre.

## **Conclusion**

Depuis des siècles, la folie est partagée entre deux images différentes, mais complémentaires, du sujet pénal. D'un côté, l'individu responsable, la personne normale. De l'autre, l'individu irresponsable, la personne anormale. Expulsé des régions de la peine, repoussé à l'autre extrémité du monde juridique, le sujet anormal disparaît derrière sa folie; il s'enfonce dans une réalité qui, en s'emparant de son esprit, l'enferme dans un déterminisme qui s'oppose à toute forme de responsabilité pénale. C'est la folie totale avec son délire et ses hallucinations. Entre ces deux figures opposées du sujet pénal, il n'y a pas de place pour celui qui, tout en étant rattaché à la réalité extérieure, n'est plus « tout à fait lui-même ni un autre ». Issue d'une époque révolue, cette polarisation du discours juridique sur la folie n'est plus adaptée à la réalité psychologique contemporaine. Car derrière les modifications comportementales initiées par le verrouillage présynaptique, derrière les manifestations indésirables observées chez certains usagers d'antidépresseurs, se cache une véritable transformation de l'être, une perturbation du soi, qui entraîne une modification significative du comportement de l'individu et, à travers sa prise en charge par les tribunaux, l'apparition d'un nouveau sujet en

droit pénal, d'un sujet qui, en échappant à sa propre Réalité, devient véritablement « étranger » à lui-même.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'APPLICATION DES ACTES UNIFORMES DE L'OHADA

**Auteur(s) :** Fabrice KOUASSI

**Revue :** *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 2

**Pages :** **519-522**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10307>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**L'APPLICATION DES ACTES UNIFORMES  
DE L'OHADA\***

par Fabrice KOUASSI\*\*

Que peut-on dire, en réponse à la question de l'application effective des actes uniformes dans l'espace Ohada? La réponse à cette interrogation a permis la signature par Jimmy Kodo de *L'application des actes uniformes de l'Ohada*, ouvrage de référence qui nous introduit ici dans l'univers de la jurisprudence Ohada. Docteur en droit privé, l'auteur dans ce document a choisi de se laisser guider essentiellement par la jurisprudence afin de révéler au lecteur, l'état de la pratique du droit Ohada. Cette marque d'originalité et la particularité de l'analyse semblent être à la base de ce qui lui a valu d'être qualifié en préface par Barthélémy Mercadal, d'ouvrage « soigné, bien ordonné et précis »<sup>1</sup>. Ce livre est utile au praticien du droit car, l'analyse jurisprudentielle touche un ensemble de questions pratiques majeures<sup>2</sup>. Son utilité pour le monde universitaire se ressent par le caractère clair de l'écriture, la cohérence du plan d'analyse et la profondeur, voire la précision des résultats obtenus. Le politique n'est pas non plus demeuré en reste des cibles de cet ouvrage pour qui il est une alerte à élargir le rôle de la CCJA<sup>3</sup> (Cour Commune de Justice et d'arbitrage) dans le processus d'unification du droit en Afrique.

---

\* . Jimmy KODO, *L'application des actes uniformes de l'Ohada*, Louvain-la-Neuve, Belgique, Éditions Academia-Bruylant, 2011.

\*\* . L'auteur a complété une maîtrise en droit de type recherche à l'Université de Sherbrooke. Il est intervenu comme assistant de recherche pour plusieurs professeurs de la Faculté de droit dont son directeur de recherche Jean-François Roberge qui a procédé à une relecture de cette note.

1. Jimmy KODO, *L'application des actes uniformes de l'Ohada*, Louvain-la-Neuve, Belgique, Éditions Academia-Bruylant, 2011, p. 9.

2. Le caractère jurisprudentiel de l'étude permet à l'auteur de toucher plusieurs matières spécifiques du droit analysé à la lumière du droit Ohada. C'est le cas par exemple de l'hypothèque, de la banqueroute, de l'abus de bien sociaux, du paiement, du contrat etc.

3. L'article 2 du traité donne un aperçu exhaustif des matières supposées tomber sous l'empire du droit Ohada. Mais le pouvoir d'évocation de la CCJA l'amène parfois à aller au-delà de ces matières.

L'ouvrage de Jimmy Kodo est techniquement une étude juridique substantielle qui a porté sur un bassin de 1281 décisions issues du site Internet [www.Ohada.com](http://www.Ohada.com). L'objet d'étude était clairement perceptible, à savoir, l'étude des caractères juridiques du droit Ohada et du contexte socio-économique de leur application. En juriste averti, l'auteur a choisi de diviser son étude en deux parties. L'une, la première, s'intéresse à l'application faite par les juridictions nationales des textes issus du droit Ohada. L'autre, la seconde porte sur l'application faite par la CCJA des textes issus du même droit. La dynamique d'approche retenue est intéressante à plus d'un titre. Les décisions ne sont pas lues comme de simples arrêts. L'auteur tente d'en repérer les comportements des acteurs, de dégager des régularités et non simplement de construire des règles de droit. Il mène même, par endroit, des comparaisons avec le droit communautaire européen.

Abordant en première partie l'application du droit Ohada par les juridictions nationales, l'auteur se rend compte de leur apport au développement du droit au sein de l'espace. Elles constituent en effet, un vivier riche de données judiciaires. L'auteur arrive à admettre une ferme volonté des juridictions étatiques nationales de s'unifier en désirant se séparer de leur droit antérieur. L'auteur reconnaît ainsi l'existence d'une jurisprudence intra-communautaire<sup>4</sup>. L'apport des juridictions nationales semble se ressentir dans l'étude de façon considérable en droit pénal des affaires<sup>5</sup>. Les décisions de l'ordre juridique intra-communautaire peuvent ainsi s'infiltrer dans les États parties tout au moins comme principes généraux du droit empruntés à la jurisprudence étrangère<sup>6</sup>. Cependant, cela ne peut ou ne devrait se faire que dans une mesure raisonnable<sup>7</sup>.

---

4. Jimmy KODO, préc. note 1, p. 68. « L'ensemble des décisions rendues par les juridictions des États parties. »

5. *Id.*, p. 259. « Le droit pénal des affaires reste un domaine où le législateur Ohada n'a pas jugé efficace de dépouiller le législateur de la substance de son rôle. »

6. Le caractère étranger considère l'ensemble des juridictions nationales des 16 pays de l'Ohada.

7. Jimmy KODO, préc. note 1, p. 72.

Cette situation s'est toutefois révélée mitigée en raison des situations de confusion observée chez certaines juridictions entre le traité Ohada et les actes uniformes. Cette défaillance a aussi été présentée à travers la mise en évidence de la résistance face à la CCJA dont bien souvent la compétence est détournée et la jurisprudence déniée<sup>8</sup>. Ce qui de toute évidence freine l'avancée de la construction d'un droit uniforme bien enracinée dans le prétoire des juridictions.

En seconde partie, l'objet d'analyse a été l'application des actes uniformes par la CCJA. La CCJA fait principalement du traité Ohada l'axe de son analyse et les actes uniformes constituent les éléments qui gravitent autour de cet axe. Fort de ces moyens, le rôle de la CCJA s'est joué à travers les canevas de la consultation par avis et de la juridiction par décisions. Ces deux pistes d'intervention doivent, pour l'auteur, avoir une constance : le respect du droit Ohada. L'intervention de la CCJA à l'image des juridictions nationales a été ainsi menée par l'auteur tel une « radiographie » ou une « scanographie » de la pratique judiciaire. Il en donne donc une copie conforme. Dans cette perspective, l'auteur a lui-même admis que la CCJA s'est attribué un rôle de formateur<sup>9</sup> par son action. L'action de la CCJA dans le processus d'uniformisation à travers la construction et la consolidation d'une jurisprudence Ohada est présentée comme grandiose. Elle constitue un gage du gain de temps, d'argent et de sécurité judiciaire. Ces enjeux s'intègrent d'ailleurs dans les objectifs globaux de l'Ohada. La compétence de la CCJA doit suivant la réflexion de l'auteur être de plus en plus reconnue et respectée.

Finalement, grâce à cette étude, l'auteur arrive à admettre la nécessité de pousser haut l'intégration en faisant agir la CCJA dans divers domaines<sup>10</sup>. Cette observation s'appuie essentiellement sur la restauration de la sécurité judiciaire à laquelle s'est livré la CCJA. Le résultat est enfin là; palpable : le chemin par-

---

8. *Id.*, p. 134.

9. *Id.*, p. 255.

10. *Id.*, p. 260.

couru par l'application des actes uniformes est des plus riches. Il a permis de conforter la position qui postule que le droit est la base de la solidarité et de la justice. Cette quête constante de solidarité et de justice a d'ailleurs légitimé l'institution de l'Ohada. Cet ouvrage apparaît somme toute comme la justification de la nécessité de consolider de plus en plus le droit Ohada.